Crim. 24 wc - 1/2

DIE NORMEN

UND IHRE ÜBERTRETUNG.

---

148 D

DIE ZOKJEA

DIE NORMEN

UND IHRE ÜBERTRETUNG.

EINE UNTERSUCHUNG

ÜBER

DIE RECHTMÄSSIGE HANDLUNG

UND

DIE ARTEN DES DELIKTS

VON

DR. KARL BINDING,

ORD. PROFESSOR DER RECHTE IN STRASSBURG.

ERSTER BAND.

NORMEN UND STRAFGESETZE.

LEIPZIG,

VERLAG VON WILHELM ENGELMANN.

1872.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

MEINEM THEUERN VATER UND LEHRER

DR. G. BINDING

APPELLATIONSRAT IN FRANKFURT AM MAIN

IN TIEFSTER DANKBARKEIT

GEWIDMET.

VORWORT.

Auch die Wissenschaft hat ihre Stiefkinder, die sie vernachlässigt nicht weil sie die uninteressantesten, sondern die sprödesten sind. Mich eines solchen anzunehmen war meine Absicht, als ich die Arbeit begann, deren erste Abtheilung jetzt hinausgehen mag. Sie wollte sich den fahrlässigen Verbrechen widmen. Wie es aber nicht anders gehen kann: der Stoff, den wir untersuchen wollen, wird unser Meister. Es fragt sich nur, ob vorübergehend oder auf immer? Grade wer sich zu frühe seiner Herrschaft entziehen will wird ihrer nimmer ledig. Nicht in unserer Macht liegt es zu bestimmen, wieviel ungelöste Fragen noch präjudizirlich vor derjenigen liegen, auf deren Beantwortung es uns ankommt. So viele ihrer sind, so viele Stationen müssen zurückgelegt werden, bis die Untersuchung da beginnen kann, wo sie so gerne gleich begonnen hätte.

Sehr bald nun kam ich mir darüber ins Klare, dass das Problem der fahrlässigen Handlung nur ein Einzelnes aus einem ganzen Ringe von Problemen darstellt, die sich alle in Relation zu einander befinden, und dass jeder Versuch nur einen Theil des Gesammtproblems isolirt zu behandeln

zu einem erspriesslichen Ende nicht führen könne. Bildet doch die schuldhafte Handlung in ihrer Gesammtheit den grossen Gegensatz zur rechtmässigen That und schliessen sich beide Handlungsgruppen zusammen ab gegen den für das Rechtsleben bald unglücklichen bald glücklichen Zufall! So stehen die Probleme Handlung und Zufall, rechtmässige und widerrechtliche Handlung mit ihren Arten in unlöslicher Verbindung.

Diese Untrennbarkeit der Fragen lässt der wissenschaftlichen Untersuchung nur einen einzigen methodisch richtigen Weg. Es gilt zunächst die Begriffe Handlung und Zufall von einander abzugränzen; von hier aus direkt überzugehen zur Lehre von der schuldhaft widerrechtlichen Handlung ist unthunlich: denn die widerrechtliche Handlung bildet ja nur den Gegensatz zur rechtmässigen und kann nur als deren Negation begriffen werden. Da aber die rechtmässige That sich im Einklang befindet mit denselben Rechtsnormen, denen die widerrechtliche Handlung widerspricht, so ist die Klarstellung dieser Normen in gleicher Weise präjudizirlich für die Erkenntniss der rechtmässigen Handlung wie ihrer Gegensätze. Aus diesen Normen muss sich ergeben, welche Anforderungen das Recht an die handelnde Menschheit stellt; die diesen Anforderungen entsprechende Handlung aber ist die rechtlich vollkommene Handlung. Mit ihr ist der Begriff gefunden, zu welchem der der Widerrechtlichkeit in Gegensatz treten muss. Die dialektische Entwicklung der möglichen Gegensätze zur rechtlich vollkommenen Handlung zeigt dann die möglichen Arten der widerrechtlichen Handlungen auf, deren Begriffe erst jezt einer eingehenden wissenschaftlichen Untersuchung als zugänglich erscheinen.

Gegen dieses von der Sache selbst der Forschung vorgeschriebene Gesetz ist seither vielfach gefehlt worden und

zwar von den verschiedenen Zweigen der Rechtswissenschaft theils in gleicher, theils in verschiedener Weise.

Die Kriminalisten, stets geneigt den ihr Gebiet berührenden allgemeinen Lehren grössere Aufmerksamkeit zu schenken, haben sich vielfach und nicht ohne grosse Erfolge mit dem Begriff der Handlung überhaupt und mit der einen für sie allerdings wichtigsten Art der schuldhaften Handlung, dem vorsätzlichen Verbrechen beschäftigt. Umgekehrt geht die civilistische Literatur auf diese beiden Begriffe sehr wenig ein, hat sich aber mit viel grösserer Anstrengung als die kriminalistische auf die Ergründung der Fahrlässigkeit geworfen[1].

Es ist diese Vernachlässigung der Fahrlässigkeit von der einen, des rechtswidrigen Vorsatzes von der andern Seite keineswegs zufällig. Weil nur sehr wenige kulpose Delikte gestraft werden, glaubt man, es gäbe ihrer nur sehr wenige, und behandelt sie wenn auch sehr mit Unrecht auf kriminalistischem Gebiete als nicht sehr praktische Rarität um so lieber, als sie bei näherem Anfassen sich voll Dornen und

---

[1] Die Monographien der Kriminalisten über das fahrlässige Verbrechen (es sind Hascher von Almendingens gänzlich verfehlte Untersuchungen über das kulpose Verbrechen. Giessen 1804; ferner die wenig gekannte Preis-Arbeit von Winssinger über die Frage: Quaenam sit differentia inter delicta dolosa et culposa? Bruxellis 1824; endlich die sehr anmassliche aber völlig im Sande verlaufende: Finium culpae in iure criminali regundorum prolusio von C. F. Gaertner, Berol. 1836) stehen nicht entfernt auf der Höhe der bekannten civilistischen Werke von v. Löhr, Theorie der Culpa 1806; Hasse, die Culpa des römischen Rechts (1815; 2. Aufl. 1838) und Fr. Mommsen, Beiträge zur Lehre von der Culpa, in dessen Beiträgen III 345 ff. (1855). Ebensowenig ist die kriminalistische Literatur über Fahrlässigkeit im Ganzen genommen der über Dolus an Gründlichkeit und Ergiebigkeit entfernt gleichzustellen. Dass dieses Urtheil nicht eine ungerechte Herabsetzung einzelner trefflicher Abhandlungen über die Fahrlässigkeit in sich schliesen soll wird die Folge lehren.

Tücken zeigen. Umgekehrt ist dem Civilrecht auf seinem heutigen Standpunkte der Dolusbegriff unwichtig. Der Satz culpa lata dolo aequiparatur legt die Linie, bis zu welcher civilrechtlich gehaftet werden muss, regelmässig über den Bereich des dolus hinaus in das Gebiet der culpa. So meint man wenigstens, da man die culpa lata grade als das auffasst, was sie ganz sicher nicht ist[1], nemlich als die höchste Stufe der Fahrlässigkeit.

Der Fehler, ohne voraufgehende Beantwortung der Frage, welche Anforderungen das Recht an die menschliche Handlung stelle, welche Handlung somit dem Rechte gemäss sei, sofort den negativen Begriff des dolosen oder fahrlässigen Handelns in Angriff zu nehmen ist beiden Zweigen der Jurisprudenz gemeinsam. Er konnte um so weniger ohne schlimme Folgen bleiben, als wie gesagt die Betrachtung sich dann nicht einmal auf den gesammten Gegensatz sondern regelmässig bald auf den einen bald auf den andern Theil der schuldhaften Handlung gewandt hat, und somit immer nur ein einseitiges Licht auf den positiven Begriff zurückfiel.

Meinen Untersuchungen über das fahrlässige Verbrechen eine sichere Grundlage zu geben war ich somit genötigt weit zurückzugreifen. Ich musste anheben mit einer Prüfung derjenigen Rechtssätze, mit welchen die rechtmässige Handlung in Einklang, das Delikt in Widerspruch steht: ihnen ist das erste Buch gewidmet. Ein zweites bringt die Entwicklung des Begriffs der rechtlich vollkommenen Handlung und ihrer möglichen Gegensätze. Ein drittes beabsichtigt eine dogmatische Revision der Doluslehre und den Nachweis, dass die Resultate streng dogmatischer

---

[1] Wie ich am Schlusse des Bandes zu beweisen haben werde.

Untersuchung auch quellenmässig begründet sind. Verglichen mit dem vierten, welches in Gestalt des zweiten Bandes die Lehre von dem fahrlässigen Verbrechen in voller Ausführlichkeit enthalten wird, weist dieses dritte Buch eine verschiedene Behandlungsweise auf. Es kam mir in ihm nur darauf an den stichhaltigen Dolusbegriff zu entwickeln, dessen ich notwendig für meinen zweiten Band bedurfte. Im Uebrigen habe ich die Lehre von dem vorsätzlichen Verbrechen lieber auf sich beruhen lassen, als dass ich mich noch längere Zeit von dem ursprünglichen Thema meiner Wahl entfernte. Der Rest des ersten Bandes liegt druckfertig vor; die Vorarbeiten zum zweiten sind grösstentheils vollendet. Das gemeine deutsche Militärstrafgesetzbuch konnte leider für die vorliegende Abtheilung nicht mehr benutzt werden.

Die ganze Arbeit, taugt sie etwas, soll eine Materie des allgemeinen Theils der gesammten Rechtswissenschaft klar legen; dem Strafrechtslehrer liegt es nur nahe, die aufzustellenden Sätze mit Vorliebe an dem Verbrechen zu entwickeln; sie soll aber auch, wenn sie nur annähernd das ist, wozu ich sie machen wollte, den Beweis liefern, wie ausgiebig auch für die Praxis die theoretische Behandlung scheinbar sehr abstrakter Fragen sein kann.

Was ich mir nicht verhehle ist, dass meine Arbeit und grade dieser erste Theil derselben vielleicht am Meisten auf Widerspruch stossen wird. Nicht leichtsinnig fordere ich diesen heraus: sehr allmählich haben sich meine Grundanschauungen entwickelt, bis sie sich zum Ganzen fügten, dessen feste Geschlossenheit mir eine Gewähr seiner Wahrheit ist. Ich kann mir heute nicht denken, dass ich veranlasst werden könnte, diese Anschauungen als unrichtig aufzugeben. Indessen des sachlichen Gegners, von dem ich

lernen kann, werde ich mich stets freuen, auch wenn er mich zwingt, meine Ueberzeugung der seinigen zu opfern; für den landläufigen Gegner wissenschaftlichen Fortschritts aber, den konservativen Gegner aus Bequemlichkeit oder aus Abneigung gegen scharf ausgeprägte Begriffe habe ich kein Verständniss und sein Angriff existirt desshalb für mich nicht. Auch der wissenschaftliche Kampf, soll er ehrlich sein, verlangt eine gleiche Vertheilung von Sonne und Wind.

Freiburg i. Breisgau, am 2. September 1872.

Dr. Karl Binding.

INHALT.

Erstes Buch. Die Normen und ihr Verhältniss zu den Strafgesetzen.

		Seite
	Erster Abschnitt. Begriff und Inhalt der Norm . .	3—50
§ 1.	I. Der Einklang zwischen dem Verbrechen und der Bedingung in den Strafgesetzen	3— 5
	II. Die Bedeutung des Strafgesetzes	6—22
§ 2.	A. Der Imperativ der Strafgesetze	6—14
§ 3.	B. Einwände gegen die richtige Auffassung des Strafgesetzes	15—22
	III. Der Rechtssatz, dem der Verbrecher zuwider handelt: die Norm	23—53
§ 4.	A. Die drei möglichen Formen des Imperativs . .	23—31
§ 5.	B. Zweck der Normen. Ihr Umfang	32—36
§ 6.	C. Handlungsnormen oder Unterlassungsnormen?	36—38
§ 7.	D. Drei Arten der Zweckverfolgung durch die Normen	38—49
§ 8.	E. Die Norm eine Regel mit Ausnahmen	49—53
	Zweiter Abschnitt. Das formelle Verhältniss der Normen zu den Strafgesetzen	54—131
§ 9.	I. Die Norm und das Verbrechen	54—56
	II. Der formelle Gegensatz der Normen und der Strafgesetze in der Gegenwart	56—71
§ 10.	A. Umgekehrte Erscheinungen im Dekalog und in der römischen Gesetzgebung	56—66
§ 11.	B. Die Normen des ungesetzten Rechtes	66—71
§ 12.	III. Gemeine und partikulare Normen und Strafgesetze. Blankettstrafgesetze	71—77
	IV. Neue Normen und neue Strafgesetze	78—98
§ 13.	A. Wandelung des Strafgesetzes bei unveränderter Norm. Rückwirkung der Strafgesetze	78—96
§ 14.	B. Wandelung der Norm bei unverändertem Strafgesetz	96—98

		Seite
	V. Die Arten der Verwertung der Normen in den Strafgesetzen, erläutert am deutschen Strafgesetzbuche	98—131
§ 15.	A. Eine Norm — ein Strafgesetz	98—99
	B. Eine Norm — eine Mehrheit von Strafgesetzen	99—108
§ 16.	1. Nachweis der Erscheinung	99—103
§ 17.	2. Normwidrigkeitsmerkmale — Strafbarkeitsmerkmale	103—108
	C. Mehrere Normen — ein Strafgesetz	108—126
§ 18.	1. Mischthatbestände	109—112
	2. Mehrere Normwidrigkeiten — ein Verbrechen	112—126
§ 19.	a. Mehrere straflose Handlungen verbinden sich zu einem Verbrechen .	112—121
§ 20.	b. Mehrere strafbare Handlungen verbinden sich zu einem Verbrechen .	121—126
§ 21.	D. Die Strafbarkeit beschränkt auf qualificirte Normübertretungen	126—128
§ 22.	E. Die Strafbarkeit einer Normübertretung als Grund der Straflosigkeit einer anderen . .	129—130
§ 23.	F. Doppelt bedingte Strafdrohungen	130—132
	Dritter Abschnitt. Der ursächliche Zusammenhang zwischen Unrecht und Strafe	132—234
§ 24.	I. Einleitung	132—135
§ 25.	II. Alles Unrecht ist schuldhafte Normwidrigkeit . .	135—141
§ 26.	III. Die möglichen Arten des Unrechts	142—157
§ 27.	IV. Die Fragstellung bei wesentlicher Gleichheit oder Ungleichheit von Strafe und Schadenersatz . . .	157—165
§ 28.	V. Die wesentliche Verschiedenheit von Strafe und Schadenersatz	166—172
§ 29.	VI. Das Deliktsmoment in allem Unrecht	172—179
§ 30.	VII. Verschiedene Gestaltung des Deliktsmomentes. Verbotene Rechtsgüterbeschädigung und reiner Ungehorsam	179—207
§ 31.	VIII. Die Reparationsverbindlichkeit als Rechtsfolge nichtdeliktischer Thatbestände	207—234

Erstes Buch.

Die Normen

und

ihr Verhältniss zu den Strafgesetzen.

BAYERISCHE
STAATS-
BIBLIOTHEK
MUENCHEN

Erster Abschnitt.

Begriff und Inhalt der Norm.

§ 1. I. Der Einklang zwischen dem Verbrechen und der Bedingung in den Strafgesetzen.

Das Wesen des Verbrechers fanden die alten und finden die neuen Völker darin, dass er den Frieden, das Recht, die Gesetze bricht. Davon wird ihm der Name. Die den Deutschen geläufigen Ausdrücke, der Uebelthäter übertrete das Gesetz, er handele ihm zuwider, er füge sich nicht darunter, er verachte es, kehren nicht nur bei den Hellenen und Römern, sondern auch bei allen unseren zeitgenössischen Völkern wieder. Seltsam aber ist zu sehen, wie neuerdings der diesen Ausdrucksweisen zu Grunde liegende ebenso alte wie wahre Gedanke ganz regelmässig durch eine falsche Auslegung derselben eine Umdeutung der allerbedenklichsten Art erhält, deren schlimme Folgen sich tief in die verschiedensten Theile der Strafrechtswissenschaft eingenistet haben. Bevor diese Verwirrung sammt ihren Consequenzen gründlich beseitigt ist, halte ich eine endgültige Antwort auf eine Reihe der wichtigsten Rechtsfragen für unmöglich.

Zwei Fehler verdunkeln den wahren Gehalt jener Sätze.

1. Den Strafrechtssatz, nach welchem der Verbrecher beurtheilt wird, identificirt man mit demjenigen Rechtssatze, den er übertritt. Wenn das Gesetz sagt (deutsches Strafgesetzbuch

§ 242) : »Wer eine fremde bewegliche Sache einem Anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls mit Gefängniss bestraft«, so bildet in dem Urtheil über den Dieb diese Anordnung den Obersatz, die diebische Handlung des Verbrechers den Untersatz, die Verhängung der Strafe den Schluss [1]. Die Strafe darf ja nur desshalb ausgesprochen werden, weil die in jenem Gesetze geschilderte und die vom Dieb begangene Handlung begrifflich sich decken. Weit entfernt also dass der Verbrecher das Strafgesetz übertritt, nach welchem er beurtheilt wird, muss er vielmehr immer, damit er bestraft werden könne, diesem Gesetze in seinem ersten Theile gemäss, in Einklang damit gehandelt haben. Dieser erste Theil will ja grade die strafwürdige Handlung genau charakterisiren; liegt in ihr eine Gesetzesübertretung, so schildert das Strafgesetz diese mit. Mit andern Worten: das Gesetz, welches der Verbrecher übertritt, geht begrifflich und zeitlich dem Gesetze, welches die Art und Weise seiner Verurtheilung anordnet, voraus [2]. Aus dieser unrichtigen Identificirung entspringt die weitverbreitete aber ebenso unrichtige Vorstellung, es übertrete der Verbrecher ein »Strafge-

---

[1] S. die drastische Darstellung bei Trendelenburg, Naturrecht. S. 178: »Nirgends wird die Logik so praktisch, so empfindlich als im Recht; . . . die Thür des Gefängnisses schliesst sich hinter dem Uebertreter des Gesetzes und das Fallbeil fällt auf den Hals des Mörders — in Kraft der Definition und des Terminus medius.«

[2] Man wird meinem Vorwurf entgegenhalten, er richte sich lediglich gegen einen ungenauen Ausdruck, nicht gegen einen falschen Gedanken. Denn bei allen Criminalisten breche die richtige Ansicht vielfach durch, dass nicht das Strafgesetz, sondern das ihm zu Grunde liegende Verbot oder Gebot von dem Verbrecher »verletzt« werde. Ich leugne dieses öftere Aufblitzen des richtigen Gedankens nicht. Aber die Sache wird dadurch nicht besser. Denn immer an den entscheidenden Stellen in der Lehre vom Dolus, vom Rechtsirrthume, von der Rückwirkung u. s. w. schiebt sich der falsche an Stelle des richtigen Gedankens. Und man sollte doch meinen, eine sorgfältige Untersuchung derjenigen Rechtssätze, denen der Verbrecher opponirt, wäre für die richtige Erkenntniss des Verbrechens selbst und seiner wesentlichen Merkmale präjudiziell. Klar und bestimmt für die richtige Ansicht Heinze, über den Rechtsirrthum, im Gerichtssaal XIII S. 426. 427.

setz«[3], während sich zeigen wird, dass seine That allerdings die strafbare Uebertretung eines Gesetzes im weiteren Sinne, keineswegs aber die Uebertretung eines Strafe drohenden oder Strafgesetzes darstellt.

2. Es liegt in einer Zeit der Codifikation des Strafrechts sehr nahe und die Versuchung wird durch die obengerügte Verwechselung nur verstärkt, das »Gesetz«, dem das Verbrechen zuwiderläuft, wirklich im Gesetzesrecht im Gegensatz zum ungesetzten Rechte zu suchen. Diese strenge Auslegung des Wortes »Gesetz« in jenen Redeweisen würde bewirken, dass sie für die erdrückende Mehrzahl der Fälle unrichtig wären. Denn wenn schon kein Verbrecher wider das Gesetz handelt, nach welchem er beurtheilt wird, so handeln heutzutage die wenigsten Verbrecher überhaupt gegen ein »Gesetz« in dieser engeren Bedeutung, sondern, wie ich nachweisen werde, wider einen Satz des ungesetzten Rechtes. Es hat Zeiten gegeben, wo diess anders war und die verbrecherische That regelmässig einem Gesetze in engerem Sinne widersprach[4].

---

[3] Deutsches Strafgesetzbuch § 73 »Wenn eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt . . .« Hier gesellt sich zu dem gerügten noch ein weiterer Fehler: als ob eine Handlung mehrere Gesetze verletzen könnte! — Unter Anderm adoptirt auch Luden, Abhandlungen II S. 134 diese Auffassung. Doch nimmt er daran folgenden Anstoss: »Wer sich sehr genau an die Worte bindet, könnte allenfalls dagegen einwenden, dass nicht das ganze Strafgesetz, sondern nur das in demselben ausgesprochene Verbot durch das Verbrechen gebrochen werde. Denn insofern in dem Strafgesetze immer die Bestimmung enthalten ist, dass den Verbrecher eine Strafe treffen solle, so könnte dasselbe nicht von diesem, sondern nur von demjenigen übertreten oder verletzt werden, der die Strafe auszusprechen und anzuwenden hätte.« Wie weit diese scharfsinnige Bemerkung richtig ist, wird sich alsbald zeigen: die Verwechselung des ersten Theiles des Strafgesetzes mit dem Verbot, dem der Verbrecher opponirt, tritt hier sehr naiv auf. — Der im Text ausgesprochene Tadel trifft meine frühere eigene Ausdrucksweise mit: s. z. B. Meine Kritik des norddeutschen Entwurfs eines Strafgesetzbuchs S. 119.

[4] Vgl. darüber § 10.

II. Die Bedeutung des Strafgesetzes.

§ 2. A. *Der Imperativ der Strafgesetze.*

So muss dem Strafgesetz ein bestimmter Inhalt abgesprochen werden, den man ihm häufig zuweist. Was bleibt ihm nun an Gehalt? Was ist in Folge dessen das Strafgesetz? So lange hierüber noch Zweifel waltet, kann die Klarstellung des Verhältnisses zwischen den Strafgesetzen und den vom Verbrecher übertretenen Rechtssätzen nicht gelingen. Nun ist aber zur Zeit die Antwort auf jene Frage noch durchaus streitig und liegt dieses Verhältniss noch im Dunkeln.

Alle unsere Strafgesetze mit Ausnahme der für sich allein bedeutungslosen sog. begriffsentwickelnden[5] weisen den gleichen zweitheiligen Bau auf. Von diesen zwei Theilen enthält der erste darstellende die Voraussetzung des zweiten anordnenden. Die Anordnung lautet entweder: es s o l l e Strafe eintreten oder nicht[6]. Ausser in den seltenen Fällen der absolut unbestimmten Strafgesetze fixirt die Anordnung auch noch Art und Maass der Strafe. Die Voraussetzung des S o l l e n s in den Strafe anordnenden Gesetzen besteht allein oder mit einer zweiten Bedingung verbunden[7] darin, dass ein Deliktsbegriff durch einen handlungsfähigen Menschen[8] verwirklicht worden sei.

Welche Bedeutung hat nun dieser Imperativ unserer Strafgesetze, es solle unter bestimmter Voraussetzung Strafe eintreten oder nicht? Zunächst: wen redet dieser Befehl an? Es ist selbstverständlich: nur Diejenigen, welchen geboten wird, können das Gebot übertreten. Jener Imperativ ist der einzige in unseren Strafgesetzen ausdrücklich enthaltene: die Personen, denen er gilt, müssen desshalb auch die einzig möglichen Uebertreter der »Strafgesetze« sein.

---

[5] Vgl. T h o e l, Einleitung in das deutsche Privatrecht S. 101.

[6] Ueber scheinbare Ausnahmen von diesem Typus s. unten S. 15 ff.

[7] Solcher doppelt bedingten Strafdrohungen enthält das deutsche Strafgesetzbuch eine ganze Anzahl. Ich werde im § 23 darauf zurückkommen müssen.

[8] Vgl. darüber das zweite Buch.

Bisher hat man die Frage nicht in dieser sondern in der vageren Fassung gestellt: an wen wenden sich die Strafgesetze? Drei Subjekte sind dafür namhaft gemacht worden: das Volk als Summe der Unterthanen[9], der Richterstand[10] allein oder »die für das Criminalwesen angeordneten Staatsbeamten« überhaupt und endlich der Staat[11].

Einen Beweis dafür, welche Wichtigkeit der Entscheidung hierüber nicht nur theoretisch sondern auch für die Technik der Gesetzgebung beiwohnt, zugleich eine scharfe Gegenüberstellung der verschiedenen Beantwortungsversuche liefern die interessanten »Verhandlungen des im Jahre 1848 zusammenberufenen vereinigten ständischen Ausschusses«[12] über den preussischen Strafgesetzentwurf von 1847.

Dessen erster Paragraph lautete: »Die preussischen Strafgesetze sind anzuwenden auf alle im Inlande begangenen Ver-

---

[9] S. unten n. 11. 16. 17.

[10] So fasst Grolmann in der Bibl. für peinl. Rechtswissenschaft I. St. 1, S. 29. 30. die modernen Gesetze nur als Normen für die Richter und auch die Ausführungen in seinem Lehrbuche § 11 ff., vergl. insbes. § 13 kann ich nicht anders verstehen, obgleich sich über den Sinn derselben streiten lässt. S. auch Hepp, Strafrechtssysteme I. S. 286: »... der wahre Charakter des Strafgesetzes ist nicht der der Strafandrohung zum Behufe der Abschreckung, sondern vielmehr der einer unentbehrlichen Instruktion für die Gerichte ...“ Vgl. folg. Note.

[11] Am sichersten will Martin, Lehrbuch § 24 gehen: »Die Wirkungen der Strafgesetze betreffen daher auch wenigstens ein dreifaches Subjekt: den Staat ... welchem sie ein Recht, sowie die Pflicht auf Vollziehung der verdienten Strafe geben; die gesammten Staatsmitglieder, welche durch die Drohung der Strafe von Uebertretung der Strafge- oder Verbote abgehalten werden sollen; endlich die für das Criminalwesen angeordneten Staatsbeamten. (»Nicht bloss Richter, denen die Erforschung und gehörige Bestrafung erwiesener Verbrechen ..... zur unbedingten Pflicht geworden ist.« Vgl. auch Wächter, Sächsisches Strafrecht S. 284: »Wie übrigens das Strafgesetz von der einen Seite die Berechtigung des Staates zur Strafe und die Verpflichtung der Gerichte zur Bestrafung der für strafbar erklärten Handlungen ausspricht u. s. w.« S. ferner die Noten 16 u. 17.

[12] Vgl. deren Zusammenstellung von Bleich, (Berlin 1848. 4 Bände) II. S. 21 ff.

brechen, ohne Unterschied, ob dieselben von preussischen Unterthanen oder von Ausländern verübt sind«. Hiervon nahmen die Referenten Anlass tadelnd zu bemerken, »dass die Sprache des Gesetzentwurfes sich durchweg nicht so sehr an das Volk richte, für welches das Gesetz eigentlich geschrieben ist, als an die Beamten, die es anzuwenden befugt sind«. Hierauf äusserte Graf v. Schwerin[13]: ». . . man kann weder sagen, dass das Gesetz nur eine Anweisung für das Volk, noch auch, dass es nur für den Richter bestimmt sei. Beide müssen sich desselben bedienen. Das Volk hat es als Grundlage für die Rechtmässigkeit seiner Handlungen und der Richter als eine Anweisung für sein Verfahren zu betrachten«. Savigny aber erklärte als Justizminister, es seien mit diesen Worten die Intentionen, welche die Regierung bei Fassung des Entwurfes bestimmt hätten, treffend bezeichnet. »Es war die Absicht, dem Richter Vorschriften und dem Volke eine Erklärung zu geben, was es in Folge der Begehung eines Verbrechens zu erwarten habe . . . . über die Absicht kann kein Zweifel sein[14].« Graf Renard, der den formellen Unterschied der antiken und der modernen Gesetzesfassung richtig fühlte[15], stellte die Frage in der Form: »Soll die Fassung des Gesetzes mehr imperativ und an das Volk gerichtet oder wie im Entwurfe eine Instruktion für den Richter sein« . . . »das erste Gesetzbuch, die zehn Gebote Gottes, sprechen imperativ. Wir können unser Gesetzbuch, wenn auch nicht so kurz doch kürzer fassen, wenn wir diese Sprachform beibehalten.«

Die volle Verwirklichung dieses letzten Vorschlags würde allerdings unsern Strafgesetzbüchern eine wesentlich andere Gestalt geben: die zweitheiligen Strafgesetze müssten daraus verschwinden, eine Anzahl von Imperativen gerichtet an die Gesetzesunterthanen darin ihren Einzug halten. Dagegen würde ein Strafgesetz-Entwurf abgefasst nach der Ansicht der Referenten wesentlich die gleichen zweithei-

---

[13] A. a. O. S. 25.
[14] A. a. O. S. 26. 27.
[15] Aehnlich Trendelenburg, Naturrecht (2. Aufl.) S. 170.

ligen Strafgesetze aufweisen, wie der vorgelegte Regierungs-Entwurf.

Die beiden Auffassungen nun, dass die Strafgesetze sich nur an das Volk oder aber an das Volk [16] und den Richter [17] zu wenden hätten, theilen den Einen ihrer Gründe. Die Strafgesetze sollen den Volksgenossen nicht nur sagen, was verboten und erlaubt sei, sondern zugleich auch, welche Strafe sie im Falle verbrecherischen Verhaltens zu erwarten haben, sei es um sie abzuschrecken oder zu warnen oder sie darüber zu unterrichten [18]. Der Satz nulla poena sine lege ist die notwendige

---

[16] Ansicht der Referenten im ständischen Ausschuss. s. oben. Dieselbe Ansicht scheinen zu hegen: Berner, Wirkungskreis S. 20—22 (vgl. Lehrbuch § 125 »Zwar muss die Publikation den Individuen, welche dem Gesetze gehorchen sollen eine Frist zur Kenntnissnahme verstatten«; Wirkungskreis S. 21. . . »Die Publikation muss so geschehen, dass der Wille des Staates jedem Staatsbürger zum Bewusstsein kommen könne«); Köstlin, System § 12 (S. 5) § 14 (S. 7) § 16 (S. 16), dessen Ausführung eine wahre Inkarnation der bezüglich der Strafgesetze herrschenden Verwirrung genannt werden darf; Hälschner, System I S. 35. 36 (»Die Publikation der Gesetze hat theils die Bedeutung: das Gesetz seinem Inhalt nach zur Kenntniss derer zu bringen, für welche es verbindlich sein soll, weshalb auch diese Verbindlichkeit selbst von der thatsächlichen Möglichkeit der Kenntnissnahme abhängig gemacht wird«); Schütze Lehrbuch S. 43. — Das Grundgesetz für Sachsen-Altenburg § 72 (bei Zachariae, deutsche Verfassungsgesetze S. 592) hat folgenden in dieser Form ihm eigenthümlichen Satz: »Die im Herzogth. A. geltenden Gesetze sind die Richtschnur, wonach ein jeder Landesunterthan und Einwohner seine Handlungen einzurichten hat.« Vgl. Sachsen-Meiningen § 7 (a. a. O. S. 538).

[17] S. Feuerbach, Lehrbuch (ich citire stets nach der 9. Auflage) § 73: Das Strafgesetz »hat eine doppelte Beziehung 1) auf alle Unterthanen als mögliche Verbrecher . . . . 2) auf die Staatsbeamten, welche richterliche Gewalt ausüben. Es ist nicht uninteressant, zu bemerken, dass in der Revision I. S. 148. 149 die Reihenfolge der Subjekte noch die umgekehrte ist. Henke, Handbuch I. S. 555. Bauer, Entwurf eines Strafgesetzbuchs für Hannover 1826. S. 287. Vgl. dessen Lehrbuch (2. Aufl. 1833), welchem die Beziehung auf die Unterthanen die primäre ist. Abegg, Lehrbuch S. 83. 84. Luden, Handbuch I. S. 198—200. Becker, Theorie I. S. S. 195 (Anweisung an die Richter und zugleich öffentliches Verbot). Seeger, Abhandlungen II. 1. S. 80 n. 2; vgl. S. 113.

[18] Sehr prägnant ausgesprochen in den trefflichen Motiven z. d. Ent-

Folge dieser Auffassung; Niemand kann der Strafe unterworfen werden, bevor man ihm befohlen, was er zu thun und zu lassen habe und bevor der Staat das Seine gethan hat, um ihn von der Begehung der verbrecherischen That abzuhalten [19]. Beide Funktionen erfüllt das Strafgesetz: ohne dieses giebt es weder ein Verbrechen noch eine gerechte Strafe [20].

Mag nun der Befehl in den Strafgesetzen anordnen, dass, eine bestimmte Handlung als geschehen vorausgesetzt, Strafe auf den Schuldigen Anwendung finden solle, oder aber dass Strafe nicht verhängt werden dürfe: Derjenige, dem befohlen wird, ist in beiden Fällen offenbar derselbe. Da es sich nun um die Auferlegung oder Nichtauferlegung einer Strafe handelt und hierbei nur zwei Subjekte in Betracht kommen, der Strafende und der zu Strafende oder nicht zu Strafende, so kann zweifelhaft nur sein, ob der Befehl dem Strafenden, dem Sträfling oder Nicht-Sträfling oder Beiden gilt?

1. Sind dadurch diejenigen gebunden, welche verbrochen oder allgemeiner gesagt, welche die im ersten Theile des Straf-

---

wurfe eines Cr. G. B. für Braunschweig S. 7 u. 8: »Es ist eine unabweisbare Anforderung an jeden wohlgeordneten Staat, dass jeder im Voraus wisse, welche Handlung ein Verbrechen sei und welche Strafe ihn droht «

[19] S. insbes. Feuerbach, Lehrbuch § 20.

[20] Gegen die Richtigkeit dieses Satzes s. Oersted, Grundregeln der Strafgesetzgebung (1818) S. 106–129, bes. S. 112, u. Tittmann, Handbuch I. S. 63 (2. Aufl.): „Der Begriff Verbrechen und Vergehen erfordert an und für sich die Uebertretung eines positiven Strafgesetzes keineswegs (Note: »Nur bei Handlungen, die nicht schon durch die Vernunft verboten sind, wird ein posit. Strafgesetz erfordert«; ders. Ans. Oersted S. 112) .... denn es können Handlungen Verbrechen sein, ohne dass sie gerade eine Strafe nach sich ziehen, auch ist die Strafe ohne positives Gesetz rechtlich.« Vgl. auch Grolmann, Lehrbuch § 13: »Aus dieser Darstellung des Strafgesetzes ist es klar, dass durch dasselbe die Ausübung des Strafrechts im Staate im Allgemeinen nicht bedingt sei.« Ist den Ansichten Oersteds und Tittmanns nur insoweit beizupflichten, als sie sich negativ erhalten, so ist Heinzen im Gerichtssaal XIII, S. 423 ff. vollständig beizustimmen, während Luden, Abhandlungen II. S. 99 und S. 517 sich vergeblich an der siegreichen Widerlegung des obigen Satzes abmüht.

gesetzes geschilderte Handlung begangen haben? Dann würde der Befehl dem Verbrecher die Rechtspflicht auferlegen, die verdiente Strafe auf sich zu nehmen [21]. Der Schuldige, der sich der Strafe entzöge, hätte dann ein doppeltes Verbrechen begangen: das erste, wegen dessen er die Strafe auf sich nehmen sollte, das zweite, dass er die Strafe nicht auf sich genommen hätte und neben der Strafe des ersten hätte er dann auch eine Strafe für die Nichterfüllung seiner Straferduldungspflicht verwirkt. Entzöge er sich auch der zweiten Strafe, so gesellte sich zu den zweien noch ein drittes Delikt und der dauernd flüchtige Verbrecher wandelte den Weg der ewig sich verjüngenden Unthat.

Dann erschiene der Begünstiger des Flüchtlings als Gehülfe des zweiten Delikts und der Begünstiger eines Mörders handelte dem Strafgesetz wider den Mörder zuwider.

Dann würde das Strafgesetz, welches eine Handlung für straflos erklärte, demjenigen, der sie begangen, gebieten: er solle sich nicht strafen lassen, er solle vielmehr, wenn der Staat ihn desswegen in Strafe nehmen wolle, was zu thun dem Staate wenigstens durch dieses Gesetz nicht verboten wäre, der Bestrafung sich widersetzen. Liesse sich der arme Teufel dennoch einsperren, so würde er jetzt dem Strafgesetz wirklich zuwider handeln und nun erst recht in Strafe zu behalten sein. Die Widersinnigkeit der Beziehung des Imperativs in unseren Strafgesetzen auf diese Personenklasse liegt klar zu Tage.

2. Sind es die Strafrichter oder die Strafexekutionsbeamten, denen der Befehl gilt? Jeder wird sich zunächst zum Ja geneigt fühlen [22]: genaueres Zusehen führt zum Nein. Bände wirklich

---

[21] Da Niemand sich selbst strafen kann, so könnte sich dieser Befehl jedenfalls nicht an den Verbrecher allein, sondern müsste sich zugleich an den Strafenden wenden.

[22] Vgl. Luden, Abhandlungen II. S. 134 (s. oben Note 3.) S. dess. Handbuch I. S. 200 n. 4: »Die in dem Strafgesetze enthaltene Vorschrift, dass der Diebstahl mit einer gewissen Strafe belegt werden soll, kann nicht von dem Diebe, sondern nur von dem Richter übertreten werden, der diese Vorschrift auszuführen hat.« Vgl. auch Seeger, die rückwirk. Kraft S. 113: »Die beiden Verfügungen, die ältere und die neuere, befehlen ihm (dem Richter) ein bestimmtes Verhalten zu gewissen Handlungen; welchem der verschiedenen Befehle hat er . . . zu folgen?«

der fragliche Imperativ nur die Richter und Vollstreckungsbehörden, so würden die Strafgesetze unverbindlich, sobald es der Zufall auch nur vorübergehend einmal einrichtete, dass ein Staat ohne Strafrichter oder Exekutionsbeamten existirte: während der im Gesetze enthaltene Volkswille, dass das Verbrechen gestraft und zwar in der angeordneten Weise gestraft werde, in unveränderter Kraft jene richterlose Zeit überdauert.

Auch ist es nicht Sache des Richters zu strafen. Unparteiisch gestellt über Kläger und Beklagten giebt er die Entscheidung über Berechtigung oder Nichtberechtigung der Strafklage und stellt so das Recht zwischen den Parteien fest[23]. Niemand kann Kläger und Richter in derselben Person sein: spricht der Richter dem Kläger das Strafrecht zu, so sagt er damit zugleich, dass er selbst es nicht habe, demgemäss selbst es auch nicht ausüben könne. Strafen und über ein Strafrecht urtheilen ist eben zweierlei[24]. Die Thätigkeit des Civilrichters ist wesentlich die gleiche wie die des Strafrichters und der Richtereid lautet in beiden Fällen auf unparteiische Rechtsanwendung. Ein Richter, der ein gültiges Gesetz vorsätzlich seinem Urtheile nicht zu Grunde legt, verletzt nicht das von ihm vernachlässigte Gesetz, bald das wider den Mord, bald das wider den Hochverrath, bald das wider den Betrug, bald das, welches die Pflichten des Käufers regelt, sondern immer eine und dieselbe Pflicht: seinen Urtheilen das geltende Recht zu Grunde zu legen. Diese Pflicht aber erwächst ihm unmittelbar nicht aus dem Strafgesetz, sondern aus der lex specialis seiner Anstellung. Nicht der Richter als solcher wird durch das geltende Strafgesetz gebunden, sondern durch ein anderes Gesetz wird er in seiner Rechtssprechung an dieses Gesetz gebunden[25].

---

[23] Am Reinsten kommt dieser Gedanke da zur Anerkennung, wo dem Richter die Exekution entzogen ist.

[24] »Die Gesetze strafen und nicht der Richter«: bei Graff und Dietherr, Deutsche Rechtssprüchwörter S. 286 n. 9 (aus dem Gulathing-Gesetz).

[25] Diess allein ist auch der Sinn der Preuss. Verfassung § 86: »Die richterliche Gewalt wird im Namen des Königs durch unabhängige,

Ganz analog verhält es sich mit den Strafvollstreckungsbehörden. Ein Befehl an sie könnte nicht lauten, sie sollten den Dieb mit Gefängniss bis zu zwei Jahren strafen, sondern sie sollten die für den Dieb rechtskräftig erkannte Strafe genau nach Maassgabe des Urtheils ohne jede weitere Prüfung desselben vollstrecken. Auch wenn das Urtheil das gesetzliche Maximum überschritte, und der Exekutionsbeamte es nur theilweise vollstrecken würde, so handelte er nicht im Einklange mit dem Strafgesetze sondern in Verletzung seiner Amtspflicht.

3. So ist es anders Niemand als der zur Bestrafung Berufene, dem der Befehl in dem Gesetze gilt, d. h. der das Strafgesetz erlassende Staat selbst[26]. Alle unsere Strafgesetze enthalten, falls sie Strafe drohen, eine Gleichung zwischem einem Verbrechen und einem Strafäquivalent. Das Gebot in ihnen hat zunächst den Sinn, dass eine andere Gleichung bezüglich dieses Verbrechens in dem gesetzgebenden Staate ausgeschlossen sein solle[27]. Verbietet das Gesetz die Bestrafung einer Handlung, so erklärt der Staat sich selbst für nicht berechtigt zur Strafverhängung. Ferner spricht das Gesetz den Staatswillen dahin aus: es sei eine rechtliche Notwendigkeit, dass das Verbrechen von der ihm gedrohten Strafe betroffen werde, mit

---

keiner andern Autorität als der des Gesetzes unterworfene Gerichte geübt.« Ganz ähnlich Schwarzburg-Sondershausen § 166 (bei Zachariae S 1003) und Waldeck § 74 (das. S. 1103). Genauer Kurhessen § 95 (das. S. 3759): »Die Gerichte . . . . . entscheiden, ohne irgend eine fremde Einwirkung, nach den bestehenden Rechten und Gesetzen.«

[26] Ich lasse hier absichtlich die Frage auf sich beruhen, wieweit andere autonomische Körper Strafsatzungen aufstellen können: eine Frage, die nur durch eine eingehende Untersuchung des Begriffs der Rechtsquelle beantwortet werden kann.

[27] Schon Heinze sagt freilich zu weit gehend in seinem geistvollen Aufsatz »Ueber den Einfluss des Rechtsirrthumes im Strafrecht« (Gerichtssaal XIII S. 434): »Die Strafdrohung hat ihren Schwerpunkt nicht in der Position der Aufstellung einer bestimmten Strafe, sondern in der Negation, dem Ausschluss jeder anderen — weil ungerechten Strafe.« Sie zieht die Schranken zwischen einer Strafe und der anderen Strafe ebensowohl als zwischen der Strafe und der Nichtstrafe.

andern Worten: der zur Strafe Berechtigte sei zur Bestrafung überhaupt und nach Maassgabe des Gesetzes verpflichtet[28]. Der Strafberechtigte ist Niemand anders als der Staat. Das Strafgesetz gegen den Hochverrat oder die Fälschung sagt also nichts anderes als: Ich, der Staat, erkenne die Verpflichtung an, dies Verbrechen zu strafen; der Verbrecher muss von mir mit der angedrohten und darf mit keiner anderen Strafe belegt werden[29].

Mancherlei Art sind die Handlungen, die der Staat in Folge der sich selbst auferlegten Verpflichtung vorzunehmen hat. Die sämmtlichen Akte der Strafgerichtsherrlichkeit oder Strafgerichtsbarkeit im weiteren Sinne gehören hieher: die Sorge für die Strafgerichte, die Verpflichtung der Richter auf das bestehende Recht, die Bestellung des öffentlichen Anklägers, die ganze Strafprozessgesetzgebung, die Sorge für die Strafvollstreckung, Diess Alles sind Ausführungshandlungen jener kurzen aber so inhaltschweren Pflicht. Da im Strafgesetz der Staat Niemand Anderem gebietet als sich selbst, so ist der Staat auch der allein denkbare Uebertreter der Strafgesetze. Diese denkbaren Uebertretungen aber sind grade so mannichfach, als diejenigen Handlungen, die dem Staat zur Erfüllung seiner durch das Strafgesetz übernommenen Verbindlichkeit obliegen: denn sie bilden deren Gegentheile. Nur in dem einem Punkte, dass eben der Staat nicht straft, wo er zu strafen verpflichtet ist, oder straft, wo er es nicht darf, müssen sie alle übereinkommen[30].

---

[28] Man könnte hiegegen die nicht unter der Offizialmaxime stehenden nur auf erhobene Privatklage oder auf Antrag des Verletzten zu bestrafenden Verbrechen anführen. Allein sie bilden nur eine Gruppe derjenigen Handlungen, deren Strafbarkeit ich oben eine doppelt bedingte nannte. S. Note 7. Ist die Handlung geschehen und der erforderliche Antrag gestellt, so erklärt sich der Staat für verpflichtet zu strafen.

[29] Recht charakteristisch D. G.-B. § 257, 1 a. E. »Die Strafe darf jedoch der Art und dem Maasse nach keine schwerere sein, als die auf die Handlung selbst angedrohte.«

[30] Die nicht unwichtigen Folgerungen aus dieser Auffassung des Strafgesetzes für die Lehre von der sog. rückwirkenden Kraft werden zweckmässiger weiter unten erst entwickelt. S. § 13.

§ 3 B. *Einwände gegen die richtige Auffassung des Strafgesetzes.*

Zu hindern, dass die richtige Auffassung der Strafgesetze durch Compromisse mit unwahren gefälscht werde, trete ich einer Reihe von Einwänden entgegen, die jener Auffassung drohen.

1. Lauten denn nicht die Strafurtheile auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches, von den reichsunmittelbaren Landen abgesehen: »Im Namen des Königs« oder »des Grossherzogs« statt: »im Namen des Kaisers?« Ruht somit nicht die Strafpflicht auf den Einzelstaaten, während das Reich, welches doch das Strafgesetzbuch erlassen hat, nicht straft? Allein hielte dieser Einwand Stich, so bedeutete er eine Zerschlagung des Reichs in seine Theile. Dass der Einzelstaat, welcher allerdings die Strafe laut Reichsstrafgesetz auf den Verbrecher anwendet, insoweit nur im Namen und Auftrag des Reiches seine Strafgewalt übt, ergiebt sich am deutlichsten, wenn dieser Staat ein dem Reichsgesetz zuwiderlaufendes Strafgesetz erlassen hat[31]. Reichspflicht bricht Landespflicht und der Landesrichter geht, weil er in dieser Funktion Organ der Reichspflicht ist, über dieses Landesgesetz ruhig weg. Das Reich seinerseits hat nach der Reichsverfassung das Aufsichtsrecht über die Anwendung des Reichsstrafgesetzbuchs, eben weil aus diesem Gesetze das Reich verpflichtet wird und nicht die Summe seiner einzelnen Bestandtheile. Das Reich straft durch das Mittel der Bundesstaaten.

2. In der neuern Strafgesetzgebung und im deutschen Gesetzbuche insbesondere entsprechen der obigen Auffassung des Strafgesetzes zwar die regelmässigen Ausdrücke: eine bestimmte Handlung »ist zu bestrafen«, »wird bestraft«, »die Strafe trifft sie«, »die Strafe ist verwirkt«, die Handlung

---

[31] Manche Beispiele derart s. bei Heinze Reichsstrafrecht und Landesstrafrecht S. 4 ff. S. auch Binding, der Antagonismus zwischen dem deutschen Strafgesetzbuche und dem Entwurfe des badischen Einführungsgesetzes dazu. Freiburg 1871. 22 SS. Die daselbst gegen den Entwurf erhobenen Einwände gelten fast alle in ungeschwächter Kraft gegen das seither am 23. Dezember 1871 erlassene Gesetz selbst.

»bleibt straflos«[32], »die Strafe fällt weg«[33], »es tritt Straflosigkeit ein«[34]. Allein vielfach erscheint auch das Vergehen als Grund einer Pflicht oder gar eines Rechtes des Richters[35]. Als Grund einer Pflicht. So lautet das Einführungsgesetz § 6 Al. 1: »Vom 1. Januar 1872 ab darf nur auf die im Strafgesetzbuch . . . . enthaltenen Strafarten erkannt werden«[36]; und wie häufig kehren nicht die Formeln wieder: »es ist zu erkennen«[37], »es ist freizusprechen«[38], »es ist auszusprechen«[39], »es ist im Urtheile auszusprechen«[40], »es ist im Urtheile zu erklären« »oder zu bestimmen«[41]? Als Grund eines Rechtes. Wie zahlreich und fast in allen Fällen der Nebenstrafen kehrt der Satz wieder: »es kann erkannt werden«[42], womit wesentlich übereinstimmen die Sätze: »es kann erklärt wer-

---

[32] So § 46. 173, 4. 209. 257, 2.

[33] So § 204.

[34] So § 310.

[35] § 45 »Wenn neben der Strafe des vollendeten Verbrechens und Vergehens die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte zulässig und geboten ist und auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden kann, so gilt Gleiches bei der Versuchsstrafe.«

[36] Ganz ähnlich § 20 »darf nun erkannt werden«.

[37] Vgl. § 57, 1 u. 2. 74, 1. 75, 1 (vgl. 2). 77, 1 u. 2. 78. 118, 1. 142. 161. 225. 226. 228. 239, 2 u. 3. 243 u. A. 250. 261, 2. 295. 313, 2. 377. 329, 2. 340, 2. 349. 351. Vgl. § 57, 5 »ist nicht zu erkennen.«

[38] § 56, 1 u. 2. 58.

[39] § 101 a. E.

[40] § 40. 41, 1 u. 3.

[41] § 335. Vgl. auch § 200 »so ist die Befugniss zuzusprechen«; »die Art der Bekanntmachung . . . . . ist im Urtheile zu bestimmen«. S. auch § 150 u. 56.

[42] Vgl. § 32. 35, 1. 38. 57, 4. 81 Al. 3. 83. 87, 3. 88 a. E. 89. 90 a. E. 94. 95. 2. 108, 3. 109, 115, 2. 122 a. E. 125. 128. 129. 133. 142. 149. 150. 160. 161, 2. 104, 1. 168. 173. 175. 180. 181 a. E. 183. 187 a. E, 189, 2. 231. 246. 248. 256. 202. 203. 1 u. 2. 204, 2. 205 a. E. 206 a. A. u. a. E. 208 a. A. 272, 1 a. E. 274 a. A. 280. 284, 1. 289, 2. 290. 294. 302, 2. 304, 2. 325. 329, 1 a. E. 333, 1, 2. 340, 1. 350. 358. 360 a. E. 362, 2. Vgl. § 60 »Eine erlittene Untersuchungshaft kann bei Fällung des Urtheils auf die erkannte Strafe ganz oder theilweise angerechnet werden«; sowie die §§ 133 u. 233.

den«[43] und »so kann der Richter für beide Angeschuldigte oder für einen derselben eine der Art oder dem Maasse nach mildere oder überhaupt keine Strafe eintreten lassen«[44]? Stellt sich denn in diesen Fällen der zweite Theil der Strafgesetze nicht lediglich als eine Norm für den Richter dar?

Nun ist gar nicht in Abrede zu stellen, dass sich in das deutsche Strafgesetz eine Reihe rein prozessualer Normen für die Strafrichter eingeschlichen haben[45]. Dahin sind die Satzungen zu rechnen, dass gewisse Rechtsfolgen des Delikts im Urteile ausdrücklich ausgesprochen oder erklärt oder bestimmt werden sollten[45a]: diese gehören nicht in ein Strafgesetzbuch. Alle die andern oben angegebenen Formeln aber sind nur inkorrekte Ausdrücke eines materiellrechtlichen Gedankens. Wenn das Gesetz sagt, es sei auf eine bestimmte Strafe zu erkennen, so denkt es dabei keineswegs, mit dem Straferkenntniss sei es nun abgethan, vielmehr bezeichnet es als eine Notwendigkeit, dass grade diese bestimmte Strafe den Verbrecher treffe, und es thut diess, indem es die Voraussetzung für die Bestrafung nämlich das Straferkenntniss statt der Bestrafung selbst namhaft macht. So gebraucht denn auch das Gesetz die Ausdrücke »es wird bestraft« und »es ist auf Strafe zu erkennen« durchaus als gleichbedeutend. Die scheinbar prozessualische Norm ist nur eine unvollkommene weil prozessualische Einkleidung einer materiellrechtlichen Satzung. Die eine wahre prozessualische Norm, welche an Stelle aller dieser verschiedenen scheinbaren tritt, lautet: Ihr Strafrichter sollt auf die gesetzlich angedrohten Strafen erkennen!

Noch einleuchtender ist das gleiche Resultat in den Fällen, wo das Gesetz dem Richter scheinbar die Befugniss einräumt, auf eine bestimmte Strafe nach Belieben zu erkennen oder nicht. Der Richter ist hier aber nie berechtigt sondern stets verpflichtet auf eine Nebenstrafe zu erkennen oder nicht

---

[43] § 319.

[44] § 233.

[45] S. vor Allem § 190 »so ist der Beweis der Wahrheit als erbracht anzusehen«. 191. 192. 104, Al. 2.

[45a] Vgl. die Stellen oben in Note 40 u 41.

zu erkennen. Nicht seine subjektive Willkühr, vielmehr das Gesetz und die Gestaltung des konkreten Falles sind die maassgebenden Elemente für die Entscheidung. Die Sätze, »es kann auf diese oder auf jene Strafe« und »es kann neben der Haupt- noch auf eine Nebenstrafe erkannt werden« bedeuten im Strafgesetze lediglich soviel als: das Strafäquivalent für ein bestimmtes Verbrechen ist diese oder jene Strafe und ist diese Strafe allein oder noch versehen mit einer Nebenstrafe; dieses Strafäquivalent muss und darf in dem Gesetze gebenden Staate allein auf dieses Verbrechen zur Anwendung kommen. Der gesetzgebende Staat ist verpflichtet innerhalb der gesteckten Gränzen zu strafen.

3. Sehr verwandt mit der eben erläuterten Gruppe von Strafgesetzen ist eine andere, die scheinbar lediglich als Normen für die Strafvollstreckungsbehörden dienen. So § 13: »Die Todesstrafe ist durch Enthauptung zu vollstrecken[46].« Allein diese Bestimmung ebenso wie die der §§ 15. 16, 2. 17, 4. 57. a. E. 302, 1 dient vielmehr dazu, die Intensität der jeweiligen Strafen nach des Reiches Auffassung zu fixiren: es sind begriffsentwickelnde Rechtssätze, dazu bestimmt die unbekannten Grössen Tod, Zuchthaus u. s. w. in den Gleichungen zwischen Verbrechen und Strafen in bekannte umzusetzen. Sie bestimmen die Schwere der Strafe, zu deren Verhängung der gesetzgebende Staat verpflichtet ist.

Wenn aber § 30 des D. G. B. ausspricht, dass nur zu Lebzeiten des Verbrechers rechtskräftig gegen ihn erkannte Geldstrafen in den Nachlass vollstreckt werden dürfen, wenn die §§ 66 u. 70—72 die Verjährung der Strafvollstreckung regeln, wenn § 37 gegen den im Ausland wegen eines Verbrechens oder Vergehens Bestraften ein neues Strafverfahren für zulässig erklärt, um auf den nach deutschen Gesetzen bei solchen Delikten zulässigen Verlust bürgerlicher Ehren-

---

[46] Ebenso § 15. 16, 2. 17, 4. 30 (Vollstreckbarkeit der rechtskräftig erkannten Geldstrafe in den Nachlass). § 57 a. Schl.: »Die Freiheitsstrafe ist in besonderen, zur Verbüssung von Strafen jugendlicher Personen bestimmten Anstalten oder Räumen zu vollziehen.« § 70 (Verjährung der Strafvollstreckung). § 362, 1.

rechte entgegen dem § 5 erkennen zu können, so taucht der Zweifel auf, ob diese Satzungen nicht aus dem Strafgesetzbuch in die Strafprozessordnung verwiesen werden müssten, ein Zweifel, der sich dann auch auf die Satzungen über die Verjährung der Strafverfolgung, über die Verfolgung auf Antrag und die Nichtverfolgbarkeit von Kindern unter zwölf Jahren ausdehnt.

Allein alle diese Bestimmungen haben sowohl eine materiellrechtliche als eine prozessualische Bedeutung. Durch die Verjährung der Strafverfolgung und der Strafvollstreckung erlischt allerdings Recht und Pflicht der Strafverfolgungs- und Strafvollstreckungsbehörden und insoweit gehören diese Satzungen dem Prozessrecht an. Allein durch diese prozessualische Wirkung erlischt auch die Strafpflicht des Staates und insoweit gehört die Verjährung ins materielle Strafrecht. Die §§ 30, 37 und 55 tragen allerdings eine prozessualische Einkleidung, wollen aber im Strafgesetzbuch feststellen, dass die Strafpflicht des Staates im Falle des § 30 nicht durch des Schuldigen Tod, im Falle des § 37 nicht durch die ausländische Bestrafung erlösche, im Falle des § 55 nicht durch die verbotene Handlung entstehe.

Und was endlich den Strafantrag anlangt so hat er als notwendig zur Sachlegitimation des Klägers[47] und haben ferner seine Verjährung und seine Rücknahme grosse prozessualische Bedeutung; zugleich aber ist die Strafpflicht des Staates bei den Antragsdelikten zwiefach bedingt: sowohl durch die verbotene Handlung als auch durch den Antrag des dazu Berechtigten; wird dieser nicht gestellt oder verjährt er oder wird er rechtzeitig zurückgenommen, so kommt die Strafpflicht des Staates hier nicht zur Entstehung, und insofern gehört die Regelung der Antragsverbrechen auch in ein Strafgesetzbuch. Ist ja doch dessen eine Hauptaufgabe anzuordnen, in welchen Fällen der Staat zu strafen oder nicht zu strafen verpflichtet ist[48]!

---

[47] S. v. Bar in Goltdammers Archiv XIX S. 75.

[48] S. darüber auch Hälschner bei Goltdammer XIX S. 367 ff.: »Mit der Einleitung der Untersuchung ist aber zugleich die Bestrafung selbst

Viel bedeutender wäre endlich der Einwand, dass das Delikt in manchen Fällen nicht eine Pflicht sondern ein Recht des Staates zu strafen, nicht eine Pflicht, eine bestimmte Strafe zu verhängen sondern nur ein Recht dieselbe anzuwenden begründe[49]. So sagt § 40, dass die Gegenstände, welche durch oder durch welche ein vorsätzliches Verbrechen oder Vergehen hervorgebracht worden, eingezogen werden können[50], sofern sie dem Thäter oder einem Theilnehmer gehören[51]. Nun ist es richtig, dass der Verurtheilte diese Confiskation ebenso wie die Maassregeln des § 41 als accessorische Vermögensstrafe empfindet; allein in Wahrheit handelt es sich

---

eine bedingte.« Damit scheint aber mir wenigstens der Satz auf S. 368 »Gewiss bleibt die Handlung auch ohne den Antrag des Verletzten eine mit Strafe bedrohte, eine an sich strafbare« (Worte, die wohl dem Urtheil des Ober-Trib. z. Berlin v. 24. März 1871 c/. Säuberlich bei Goltdammer XIX S. 265 entnommen sind) in unlösbarem Widerspruch zu stehen. Zu einseitig für die materiellrechtliche Bedeutung des mangelnden Antrages als Strafausschliessungsgrundes Spinola bei Goltdammer XIX S. 378, ferner Specht das. S. 235 ff., v. Rönne das. S. 438 ff. (sehr gut S. 439. 440) u. eingehend v. Bar, über die rechtliche Natur des Strafantrags das. S. 641—652. 713—721. Zu einseitig für die rein prozessualische Bedeutung des Antrags: Erkenntniss des Ober-Appellationsgerichtes zu Berlin v. 15. März 1871 c/. Hansen; Erkenntnisse des Ober-Tribunals v. 24. März 1871 c/. Säuberlich (beide bei Goltdammer XIX S. 261—266), vom 29. Mai 1871 c/. Zebrin (das. 306 ff.); vom 24. März 1871 c/. Wende und vom 24. März 1871 c/. Miadach (das. S. 314. 315). Ferner Urtheil des O.-A.-G. zu Rostock (das. S. 606). Ferner Urtheil des Obertribunals vom 27. April 1871 c/. V. (bei Oppenhoff Rechtssprechung XII S. 239 ff.); ferner Oppenhoff, Commentar zu § 61 n. 2; Schwarze, Commentar S. 251: »Die Handlung ist an sich strafbar — nur ihre Verfolgung hängt vom Antrage ab.« Heinze, Verhältniss des Reichsstrafrechts zum Landesstrafrecht S. 67 ff; Koch bei Goltdammer XIX S. 164. — Vgl. über die ganze Frage noch des Näheren unten § 13.

[49] Ein Fall, der scheinbar hieher gehört: »es kann erkannt werden« hat oben seine Erledigung gefunden. Genau dieselbe Bedeutung hat das scheinbare Recht der Strafermässigung oder Straferhöhung in den §§ 44, 4. 119. 208; »auch ist Polizeiaufsicht zulässig«: 146, 1.

[50] Ausnahme: sollen: § 295.

[51] Davon starke Ausnahme § 295 u. § 360 a. E., wo es für gleichgültig erklärt wird, wem die betr. Gegenstände gehören. § 360 bezieht sich dazu auf Uebertretungen.

dabei nur um eine polizeiliche Maassregel, wie der § 42, der eine solche Confiskation auch ohne Verurtheilung einer bestimmten Person für zulässig erklärt, ebenso wie die §§ 295 und 360, wo die Confiskation eintritt ohne Rücksicht darauf ob die Gegenstände dem Verurtheilten gehören oder nicht, evident erweisen [52]. Wo die Confiskation nicht wie in § 295 obligatorisch ist, haben somit polizeiliche Rücksichten, nicht bestimmte Qualifikationen des Verbrechens ihre Anordnung oder Nichtanordnung zu rechtfertigen. Daraus ergiebt sich von selbst, dass nur die Möglichkeit der Ergreifung dieser Maassregel, nicht ihre Notwendigkeit gesetzlich erklärt wird, während aus demselben Grunde die des § 41 obligatorisch angeordnet ist.

Eine entschiedene Abnormität unwichtiger Art freilich ist die fakultative Straflosigkeit der Retorsion bei Beleidigungen und leichten Körperverletzungen [53]. Zwei Gesichtspunkte sind es, auf denen sie beruht, der des gerechten Affekts und der, dass der Angreifende durch den Angegriffenen eine genügende Strafe erhalte: eine Reminiscenz aus der Zeit, wo der Rächer strafte. Die straflose Retorsion ist diess also entweder, weil der Thäter im Affekt handelte, oder weil er seine Strafe weg hat. Und diese letzte allerdings kühne Fiktion, welche indessen in der Anrechnung der Untersuchungshaft auf die Strafe (§ 60) ihr Seitenstück findet, lässt die fakultative Straflosigkeit der Retorsion gar nicht als Ausnahme von der staatlichen Strafpflicht bei Beleidigungen und Körperverletzungen erscheinen.

Eine wirkliche Ausnahme von dem Satz aber, dass das Verbrechen eine Strafpflicht des Staates begründe, und zwar eine sehr bedeutende, würde dann vorliegen, wenn der Grundgedanke des D. St. G. B. § 4 und 5 wirklich zum Ausdruck gekommen wäre und die Sprache materieller Gesetze nicht nach § 3 in die von Prozessgesetzen umspränge. Nach diesem Grundgedanken soll das deutsche Reich gegenüber den in § 4 n. 1—3 namhaft gemachten im Auslande verübten Verbrechen ein

---

[52] Das in § 93 u. § 140 statuirte Recht der Vermögensbeschlagnahme eines Angeschuldigten ist lediglich ein prozessualisches Sicherungsrecht.

[53] § 199 u. § 233.

Strafrecht und keine Strafpflicht besitzen. Ich muss heute noch wie früher hierin »einen radikalen Bruch mit dem Geiste aller Strafgesetzgebung rügen«[54], einen Bruch, der sich nur aus der vom Gesetze unüberwundenen Schwierigkeit erklärt, die vom Reiche zu bestrafenden und die von ihm nicht zu bestrafenden im Auslande begangenen Verbrechen von einander abzugränzen.

Es ist aber die Strafe ein Schwert ohne Griff, das den mit verletzt, der es führt: strafen ist eine empfindliche Bürde des Staates und eine willkührlich zu übende Strafbefugniss ist des Staates unwürdig. Eine Selbstbelastung darf der Staat nur vornehmen in Folge einer Pflicht; soweit er diese Pflicht nicht auffindet, ist seine Pflicht, nicht zu strafen: ein Raum für ein Strafrecht ohne eine Strafpflicht ist undenkbar. Wie § 4 jetzt lautet, existirt ein solches Recht freilich auch für das deutsche Reich nicht, aber an seiner Stelle etwas noch viel Unerträglicheres. Wäre ein solches Strafrecht statuirt worden, man hätte es gethan, damit das Reich in allen Fällen dieses Recht üben könnte, in welchen es eine Strafpflicht für begründet erachtete. Jetzt aber hat das Reich kein Recht sondern nur eine Pflicht oder eine Nichtpflicht zu strafen; in den Untersuchungsrichtern und den Staatsanwälten, in seinen eigenen Organen hat es seine Meister gefunden: ein Willkührakt von ihnen zwingt das Reich zu strafen oder nicht zu strafen. Mit andern Worten: das Delikt im Auslande im Umfange des § 4 und 5 giebt diesen Organen regelmässig ein subjektives Recht es gerichtlich zu verfolgen; die Ausübung dieses Rechtes begründet, falls das Delikt bewiesen wird, eine Strafpflicht des Staates.

---

[54] Kritik S. 117. Ders. Ansicht v. Wächter, Beitrag z. Gesch. u. Krit. S. 77 ff. Dagegen Heinze, Erörterungen S. 149, 150, der aber nur eine petitio principii ins Feld führt mit den Worten . . . »so wenig kann dem nüchternen Blicke entgehen, dass zwischen solchen Handlungen, welche der Staat strafen muss und solchen, die er nicht strafen darf, ein Mittelgebiet gelegen ist, welches sich durch das Recht ohne die Pflicht zu strafen kennzeichnet«. Wo liegt diess Mittelgebiet? Doch wahrlich nicht in dem Antragsverbrechen. Aber wo sonst?

III. Der Rechtssatz, dem der Verbrecher zuwiderhandelt. Die Norm.

§ 4. A. *Die drei möglichen Formen des Imperativs.*

Ich gehe nun darauf aus, Inhalt und Form derjenigen Rechtssätze festzustellen, wodurch die Gesetzesunterthanen verpflichtet werden, ein Verbrechen nicht zu begehen. Erst wenn diess gelungen, ist eine feste Basis für die Lehre vom Delikt überhaupt und insbesondere vom schuldhaften Willen gelegt.

Nun stellt das Strafgesetz die Pflicht des Gemeinwesens zur Strafe auf, falls ein Verbrecher verbrochen hat. Jene gesuchten Rechtssätze aufzufinden giebt es keinen andern Weg als von diesen Strafgesetzen auszugehen. Deren erster Theil schildert die Handlung, die zu unterbleiben oder zu geschehen hat. Was läge näher als die Versuchung, den Imperativ, welcher den handelnden Menschen als Richtschnur ihrer Thätigkeit dienen soll, einzig und allein auf diesen ersten Theil und zwar so zu gründen, dass man, wenn eine Handlung oder eine Unterlassung mit Strafe bedroht wird, daraus ein Verbot so zu handeln oder ein Gebot, grade diess nicht zu unterlassen, zu formen hätte[55]? Allein es steht eben grade noch zur Untersuchung, ob dieser Schritt der richtige sei? Neben der Möglichkeit jenen Imperativ zu gewinnen durch Verwandlung des ersten Theils der Strafgesetze in einen Befehl, stehen noch zwei weitere: ihn zu bilden aus dem zweiten Theile des Gesetzes »der soll gestraft werden« oder aus dem ersten Theile aber unter Zuziehung des zweiten. Um die Verschiedenheit zu verdeutlichen stelle ich drei Muster von Imperativen zunächst zur Wahl. Entweder der Befehl lautet: »Ihr sollt nicht töden!« oder: »Ihr sollt nicht töden bei Strafe!« oder: »Ihr sollt die Strafe auf Euch nehmen, wenn Ihr getödet habt!«

1. Der Impefativ gegründet auf den zweiten Theil des Strafgesetzes: Ihr müsst die Strafe auf Euch

---

[55] Vgl. Ulpian in l. 10. § 1. D. 1, 1 De iust. et iure. Iuris praecepta haec sunt: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere. So die Form der Gebote in Moses B. II c. 20. Weitere Beispiele aus dem römischen Rechte unten in § 10.

nehmen, wenn Ihr die Voraussetzung der Strafverhängung erfüllt habt[56]. Diess Gebot ginge wesentlich weder auf ein Lassen noch auf ein Thun wohl aber auf ein Dulden. Es ist ganz kurz her, seitdem nachgewiesen wurde, dass jedenfalls die Bedeutung unsrer Strafgesetze in einem solchen Befehle nicht erblickt werden darf und er wurde schon dort in seiner Widersinnigkeit gekennzeichnet. Hier tritt er nun nicht als angeblicher Inhalt der Strafgesetze sondern als ein von ihnen verschiedener Imperativ auf, und so vervollständige ich diesen Nachweis nach einigen Seiten hin. Wir sind gewohnt, das Verbrechen als verboten zu betrachten; wäre jener Befehl der richtige, so läge ein solches Verbot des künftigen verbrecherischen Handelns gar nicht, sondern nur eine Berücksichtigung der begangenen That vor. Der Verbrecher, der die Strafe auf sich nähme, hätte seine Rechtspflicht erfüllt. Diese würde sich näher dahin gestalten, Alles thun zu müssen, um seine Bestrafung herbeizuführen: sich also selbst anzuzeigen, gegen sich selbst auszusagen, sich zum Verfahren und zum Strafvollzug zu stellen, andrerseits Alles zu unterlassen um sich der verdienten Strafe zu entziehen: lauter Pflichten, von denen unser positives Recht nichts weiss.

2. Der Imperativ gegründet auf den ersten Theil des Strafgesetzes unter Zuziehung des zweiten: Ihr sollt nicht bei Strafe! Verbot und Strafdrohung entstehen dann gleichzeitig und die Strafdrohung ist nicht bedingt durch ein ihr vorausgehendes Verbot der erst danach unter Strafe gestellten Handlung. Die unendlich häufigen Versuche die Gebote an die Verbrecher weder auf den ersten noch auf den zweiten Theil der Strafgesetze allein zu basiren theilen sich in zwei wesentlich verschiedene Klassen.

a. Die Strafdrohung stellt in Aussicht, dass ein in gewisser Weise Handelnder eine Einbusse an rechtlichen Gütern

---

[56] Auf das Civilrecht übertragen. »Ihr müsst Schadenersatz leisten, wenn Ihr die Voraussetzung dazu erfüllt habt. Thut Ihr das nicht, so habt Ihr weitere Rechtsfolgen (die nun alle nur einen strafartigen Charakter tragen können) zu erleiden.«

vom Staate zu erdulden haben solle. Man könnte aus dieser Verbindung ein bedingtes Verbot in der Weise bilden: »Ihr sollt keinen Diebstahl begehen, wenn Ihr nicht mich, den gesetzgebenden Staat, zur Ausübung meiner Strafpflicht gegen Euch nötigen und selbst die Erduldung von Strafübeln gewärtigen wollt[57]. Willigt Ihr in letztere Bedingung, so mögt Ihr handeln, wie es Euch beliebt«[58].

Der Staat stellte dann den Unterthanen zur Wahl entweder die Verbrechen zu unterlassen, oder aber sie mit Strafrisiko zu begehen. Das Verbrechen würde gar nicht verboten, sondern seinen künftigen Urhebern der wohlgemeinte Rat ertheilt es aus Rücksichten auf den Staat oder auf ihre eigene Bequemlichkeit zu unterlassen[59]. Form und Inhalt dieser be-

---

[57] Diess ist die Auffassung jener Imperative in der Warnungstheorie; vgl. Bauer, Abhandlungen I S. 17; 74 ff; s. auch bei Hepp II S. 399 ff.

[58] Ders. Ans. Feuerbach, Revision I S. 53. 54: »Der Staat hat daher auch das vollkommene Recht, rechtswidrige Handlungen durch sinnliche Uebel zu bedingen: und diess thut er wirklich, wenn er eine Handlung mit gesetzlichen Drohungen verfolgt.« Den Rechtsgrund für die Strafvollstreckung findet F. dann darin, dass der Verbrecher sich entweder der Bedingung unterwerfen oder die Handlung unterlassen muss. S. auch Lassalle, Theorie der erworbenen Rechte I S. 56: »selbst noch der Verbrecher wird in und bei der Strafe als ein freies und freiwilliges Wesen betrachtet; denn er wusste, welche Strafe auf sein Verbrechen gesetzt war, und wenn er dasselbe dennoch beging, so hat er freiwählend sich diesen ihm bekannten Folgen unterworfen.«

[59] Treffend stellt Heinze (Gerichtssaal XIII S. 420) die Consequenz dieser auch von ihm bekämpften Anschauung dahin auf: »die bereitwillige Erduldung der Strafe nähme die Eigenschaft einer Gegenleistung, durch welche der Verbrecher eine Art Recht auf Verübung des Verbrechens sich erkaufte, das verbrecherische Handeln mit der Absicht die Strafe über sich ergehen zu lassen, den Charakter eines Rechtsgeschäfts an« (»wieviel kostet eine Ohrfeige?«) S. dens. auch Handbuch I S. 266. Vgl. Kant, Rechtslehre, Werke IX S. 185: »Strafe erleidet Jemand nicht, weil er sie, sondern weil er eine strafbare Handlung gewollt hat; denn es ist keine Strafe, wenn einem geschieht, was er will . . . . .« »Denn wenn der Befugniss zu strafen ein Versprechen des Missethäters zu Grunde liegen müsste, sich strafen lassen zu wollen, so müsste es diesem auch überlassen werden, sich straffällig zu finden und der Verbrecher würde sein eigner Richter sein.«

dingten Imperative sind widersinnig, obgleich sie freilich immer noch nicht so seltsam aussehen, wie der Imperativ Fichtes: Ihr sollt kein Verbrechen begehen, wenn Ihr nicht — das Recht auf Strafe erlangen wollt[60].

b. Das Gebot erscheint als ein unbedingtes (Ihr sollt diess nicht thun oder jenes thun!), allein ein Hinweis auf die Folgen der Handlung gilt als ihm wesentlich, es selbst ohne diesen Hinweis als unverbindlich. Ist es nun richtig, dass das Verbot um für diejenigen Personen, die es binden möchte, verbindliche Kraft zu erlangen, diese auf die Folgen, welche von Rechtswegen an die verbotene Handlung geknüpft sind, hinweisen muss?

Eine solche Hinweisung liesse sich in folgender Abstufung denken:

α. Die Verbindlichkeit der Gebote würde erst durch die Hinweisung auf eine der Art und Grösse nach bestimmte Straffolge begründet[61];

β. oder aber es genügte die Hinweisung, dass die Folge eine Straffolge sein würde[62], wobei freilich zu beachten ist, dass Straffolgen oft genug den Rechtsfolgen des Civilrechts täuschend ähnlich sehen;

γ. oder aber es genügte die eröffnete Aussicht auf Rechtsfolgen der verbotenen Handlung überhaupt.

Denke man sich einen Betrüger, der wusste, er mache sich durch seinen Betrug civilrechtlich verantwortlich, aber nicht wusste, er begehe zugleich einen strafbaren Betrug: seiner Bestrafung stünde unter dieser dritten Voraussetzung nichts im Wege.

Wäre Eine dieser Hinweisungen den verbindlichen Imperativen wesentlich, so wäre damit auch entschieden, dass eine

---

[60] S. Fichte Naturrecht (Werke III S. 261): Aus dem Abbüssungsvertrag fliesst »ein Recht und zwar ein sehr nützliches und wichtiges Recht des Bürgers, abgestraft zu werden«. Anders fasst Hegel in s. Rechtsphilosophie § 100 den Satz, dass die Strafe ein Recht des Verbrechers sei.

[61] Im Civilrecht auf eine Ersatzverbindlichkeit in bestimmtem Umfange.

[62] Im Civilrecht eine Ersatzverbindlichkeit überhaupt.

Schuld ohne Bewusstsein der charakteristischen Rechtsfolgen der Handlung undenkbar wäre; ferner, dass kriminelle und civile Schuld sich wesentlich unterschieden und dass der kriminelle Dolus das Merkmal des Bewusstseins im ersten Falle von Art und Grösse der Strafe, im zweiten Falle wenigstens von der Strafbarkeit der Handlung erhalten müsste, während der Dolus des Civilrechts im ersten Falle Bewusstsein von der Grösse der Verbindlichkeit, im zweiten Falle Bewusstsein, dass man wenn auch in unbestimmtem Umfange verantwortlich werde, als Merkmal verlangen müsste.

Worin aber läge der Grund, dass das Verbot oder Gebot nicht durch sich selbst, sondern erst durch den Hinweis auf die Rechtsfolgen der Uebertretung verbindlich werden könnte[63]? Diese Zusätze der Folgen zum Verbote könnten einen doppelten Sinn haben: sie könnten die Unterthanen des Gesetzes hinweisen entweder auf die Pflichten, welche dem Staate aus ihrer verbrecherischen Handlung erwüchsen, oder auf die Uebel, die der Handelnde durch seine Handlung auf sich selbst herauf beschwören würde. In jenem Falle bedeutete das Gebot: »Du sollst nicht töden bei Todesstrafe« soviel als: »Du sollst nicht töden, weil dich der Staat strafen muss.« Der Thäter würde dann gestraft nicht sowohl, weil er gehandelt hat, als weil er wusste, wie das Gemeinwesen handeln würde. Die Unterlassung hätte nicht aus Rücksicht auf das Leben der Mitmenschen sondern aus Rücksicht auf den im entgegengesetzten Falle zur Strafe verpflichteten Staat zu unterbleiben. Und setzte der Thäter das Gemeinwesen durch sofortige Flucht in die Lage nicht strafen zu müssen, so fiele der Grund der Unterlassungspflicht und damit diese selbst weg. Müsste aber der Hinweis auf die Straf- oder Rechtsfolgen überhaupt im Interesse des dem Gesetze Unterworfenen in das Gebot aufgenommen sein, so würde diese Aufnahme wieder keinen andern Erfolg haben, als dass dem Verbote der Grund des Verbotes zugefügt wäre. Dieser Grund aber bestände darin, dass der Han-

---

[63] Vgl. darüber die trefflichen Ausführungen Heinzes im Gerichtssaal XIII S. 418 ff.

delnde sich durch seine Handlung rechtliche Uebel zuziehen würde. Soll die Zufügung dieses Grundes das Verbot oder Gebot erst mit verbindlicher Kraft ausstatten, soll der Staat ohne diesen Hinweis die Befolgung der Gebote von den Unterthanen nicht verlangen können, so wäre diess nur desshalb denkbar, weil die Androhung der Rechtsfolgen das einzig taugliche Gorgonenhaupt abgäbe um die Menschen vom verbrecherischen Handeln zurückzuhalten. Dem Bewusstsein durch Ausführung der genannten That die Gefahr möglicher Bestrafung oder anderweitiger rechtlicher Verantwortlichkeit zu laufen würde dadurch die den Menschen vom Verbrechen abhaltende Kraft zugeschrieben [64]. Die regelmässige Hoffnung des Verbrechers nicht entdeckt zu werden str ft aber diese Behauptung Lügen. Und wäre diess auch nicht, so genössen wir wieder des seltsamen Anblicks, dass ein Verbot z. B. der Verletzung fremden Vermögens durch Betrug nicht wegen Schädigung des fremden Vermögens, sondern wegen der aus dem Betruge für den Betrüger möglicherweise erwachsenden Rechtsnachtheile rechtliche Verbindlichkeit erlangte. Wiederum würde die Sicherheit des Thäters sich der Strafverfolgung des Staats zu entziehen jenen Grund der Verbindlichkeit des Verbots beseitigen und folgerichtig käme man zu dem Satz: ein solcher Mensch hat obschon gegen das Verbot doch nicht widerrechtlich gehandelt.

3. Der Imperativ gegründet auf den ersten Theil der Strafgesetze: Ihr sollt nicht oder Ihr sollt! Der zweite Versuch das rechtlich verbindliche Gebot oder Verbot, welchem der Verbrecher entgegenhandelt, zwar aus dem ersten Theile unserer Strafgesetze aber unter Zuziehung des zweiten zu bilden ist gleichfalls misslungen. Es bleibt nur noch die eine Möglichkeit es mit dem ersten Theile der Strafgesetze allein zu versuchen und diesen umzuformen ent-

---

[64] So von Feuerbachs psychologischer Zwangstheorie, welche von einer völlig verkehrten Auffassung der Form des rechtlichen Verbots ausgeht, sich dann aber durch Folgerichtigkeit auszeichnet. — Vgl. dagegen auch Heinze, Gerichtssaal XIII S. 421. 422.

weder in ein Verbot oder in ein Gebot: je nachdem eine Handlung oder eine Unterlassung unter Strafe gestellt wird. Diess Verbot und Gebot würde die Anforderung eine Norm menschlicher Handlungsweise, zu sein durchaus erfüllen; auch ist nicht zu leugnen, dass der Verbrecher genau und völlig das thut, was jenes Verbot unterlassen haben will, dass also seine Handlung und das ihm gebotene Verhalten in kontradiktorischem Gegensatze stehen. Ferner leuchtet ein, dass jenes Gebot nicht aus anderweitigen Rücksichten sondern um Vermeidung der bezeichneten Handlung Willen erlassen ist und dass der Widerspruch der verbotenen Handlung gegen das Gebot dadurch nicht im Mindesten alterirt wird, dass diese Handlung für den Thäter Rechtsfolgen nicht herbeigeführt hat [65].

Die Verbote würden also einfach lauten: Ihr sollt nicht stehlen, nicht rauben, Niemanden vergewaltigen, nicht ehebrechen, keinen Hochverrath begehen u. s. w. Dass der Staat aus der Aufstellung solcher einfachen Satzungen gegen deren Uebertreter bestimmte Rechte erlangt, wird bei Betrachtung der Verschiedenheit des sog. civilen und kriminellen Unrechts in interessanter Weise an den Tag treten. Hier gilt es den Zweifel zurückzuweisen, dass solche drohungslose Satzungen gegenüber den Unterthanen verbindliche Kraft nicht besässen. Man könnte diese leugnen, weil sich jene Gebote von Sittengesetzen gar nicht unterschieden und somit ihr rechtlicher Charakter verborgen bliebe, dessen Erkennbarkeit doch Voraussetzung einer rechtlichen Wirkung wäre; eine rechtliche Pflicht, könnte man sagen, charakterisirt sich als solche nur dadurch, dass an ihre Nichterfüllung gesetzlich eine Rechtsfolge geknüpft ist; wo diese nicht sichtbar, da ist die Erkenntniss jenes Gebotes als eines Rechtsgebotes unmöglich. Ich lasse die Behauptung, es gäbe keine Rechtspflichten, deren Verletzung das Recht

---

65 Ein Antragsverbrechen, eine civilrechtliche Verletzung würden auch bei unterlassener Verfolgung dann Unrecht bleiben; der Vorwurf widerrechtlichen Handelns würde als Injurie gegen den Thäter nicht betrachtet werden können. Es haben widerrechtliche Handlungen mehr Folgen als das sie mit Strafe oder Schadenersatzverbindlichkeit ausstattende Gesetz sagt.

eben nicht mit bestimmten Folgen ausstattete, hier dahingestellt: der Lauf der Untersuchung wird uns Beispiele des Gegentheils in reichster Fülle aufweisen. In jenem Einwande interessirt nur, dass bezüglich der Aufstellung des rechtlichen Verbotes, dem die Verbrecher zuwiderhandeln, der zweite Theil unserer Strafgesetze, den wir oben als untauglich nach dieser Seite hin gekennzeichnet haben, in anderer Weise wieder zu Ehren kommt: nicht als notwendig zuzufügender Grund des Verbotes sondern als Beweismittel für seinen rechtlichen Charakter. Aber die ihm vindizirte Ehre des einzigen Beweismittels hiefür geht ihm rasch wieder verloren.

Es versteht sich von selbst: damit Jemand als rechtlich verpflichtet erscheine seine Handlung nach allgemeinen Gesetzen zu regeln, müssen diese nicht nur im Recht ihren Ursprung besitzen sondern der zu Verpflichtende muss sie auch als Rechtssätze erkannt haben. Ist ihm nun kundig, dass das Recht die Nichtbefolgung dieser Gebote mit Rechtsfolgen ausgestattet hat, so liegt darin nicht nur ein Indiz sondern voller Beweis dafür, dass ihm jene Gebote als Rechtsgebote bekannt sind. Diese Thatsache lässt sich aber auch noch auf anderem Wege erfahren. Kennt der Handelnde etwa die Quelle der Satzung, so braucht er doch wahrlich nichts Weiteres mehr, um über deren rechtliche Natur ins Klare zu kommen. Zu demselben Ergebniss führt auch der Weg praktischer Erfahrung. Sie drängt jedem Denkfähigen die Erkenntniss auf, wie gewisse Handlungen mit den Interessen unsres Rechtslebens unvereinbar sind; er wird daraus regelmässig den Schluss ziehen, ebensowenig wie Jemand Anderes könne er selbst dazu befugt sein, sie seien demgemäss verboten; denn er wird vom Staate als geschehen voraussetzen, was er vom Staate glaubt verlangen zu müssen. Ganz ohne Rücksicht auf die Rechtsfolgen der Handlung erschliesst hier deren eigne Natur die Einsicht in ein Rechtsgebot.

Ich ziehe das Resultat dahin: die verbindliche Richtschnur des Handelns, welche der Verbrecher überschreitet, ist das rechtliche Verbot oder Gebot als solches ohne irgend welche Hinweisung der Handelnden auf die Rechtsfolgen, welche

an die Handlung als an deren Bedingung geknüpft sind[66]. Dieses Gebot finden wir durch eine Umwandlung des ersten Theils unsrer Strafrechtssätze in einen Befehl: nicht zu handeln, wie es daselbst bezeichnet ist[67]. Diesen Befehl werde ich die Norm nennen. Die Norm geht begrifflich dem Strafgesetze voraus, denn dieses bedroht eine Normverletzung mit einer Straffolge oder erklärt sie für straffrei. Unsere moderne Gesetzgebung pflegt diese Normen regelmässig nicht mehr aufzustellen[68]; desshalb wurde gleich Anfangs gesagt, der Verbrecher handele regelmässig nicht wider ein »Gesetz«[69].

---

[66] »Du sollst dieses nicht wollen und thun! Dieses ist die ursprüngliche Erklärung eines jeden verbietenden Gesetzes, dieses die Verbindlichkeit, welches es zunächst und unmittelbar dem Bürger auferlegt.« So Feuerbach, Betracht. über dolus u. culpa. Bibl. f. peinl. Rechtswissensch. II St. 1. S. 207. 208. S. auch Heinze, Gerichtssaal XIII. 426: »Auch im Einzelnen charakterisirt sich jede concrete Strafsatzung als eine der Nichtbeachtung eines anderen und zwar früheren Gebotes geltende Drohung.«

[67] Einen Beleg, dass diese Behauptung auf dem Boden des früheren gemeinen Rechts steht, zugleich wertvolle Beispiele für diesen Satz liefert das römische Recht, worüber das Nähere in § 10.

[68] Sehr entschieden für ihre Existenz trotz dieses Schweigens: Heinze a. a. O. 426. 427.

[69] Ich beeile mich hier schon den eigenen Kritiker der nächstfolgenden Ausführungen über die Normen zu spielen. Diese Ausführungen sind weder so vollständig, noch so disponirt, wie die Frage im weitesten Umfang gestellt verlangen würde. Wenn die Normen verbindliche Befehle rechtlichen Inhalts sind, so müsste gefragt werden: 1) Wer kann verbindliche Verbote oder Gebote aufstellen? Die Beantwortung dieser Frage aber würde eine vollständige Revision der Lehre von den Rechtsquellen, d. h. von den Kreisen, die Recht erzeugen können, erheischen, und so sehr ich hoffe, diesem Problem noch einmal näher treten zu können, so weit würde seine Prüfung mich diessmal ablenken. Einiges darüber bringen die §§ 11 u. 12. 2) Wem verbieten oder gebieten die Normen? Die Beantwortung dieser Frage würde wohl zur Unterscheidung allgemeiner und besonderer Normen führen müssen; die eigentlichen Amtsverbrechen und die eigentlichen militärischen Verbrechen ruhen auf besonderen, d. h. auf bestimmte Personenklassen beschränkten Normen, die Tödung auf einer allgemeinen Norm. Die eigenthümliche Strafdrohung für ein gemeines Verbrechen des Beamten oder Militärs ist in demselben Sinne ein besonderes Strafgesetz im Gegen-

§ 5. B. *Zweck der Normen. Ihr Umfang.*

Im Gegensatz zum Zwecke der Bestrafung ist der Zweck der Norm durchaus präventiver Art: das Recht will, dass in Folge seines Verbotes die untersagten Handlungen künftig in möglichst weitem Umfange unterbleiben, die gebotenen Handlungen aber in eben solchem Umfange geschehen sollen. Worin aber liegt der Grund, wesshalb der Gesetzgeber jene Handlungen perhorrescirt, diese hervorrufen will?

Es sind nur zwei solche Gründe denkbar. Durch jedes Verbot oder Gebot nötigt das Recht den Menschen zu einer Beschränkung seiner Willkühr. Ist die Absicht dieser Beschränkung etwa Grund des Verbotes, will dieses nichts Anderes als dem Menschen sein Vergnügen an der Entfaltung seiner Thatkraft in dieser und jener Richtung verderben? Will es nichts Anderes, als ihn Gehorsam lehren? In der That, diese Auffassung wäre des Rechtes unwürdig.

---

satz zu der allgemeinen Strafdrohung für dasselbe Delikt begangen von allen anderen Personen. Die Unterscheidung von allgemeinen und besonderen Strafgesetzen hat mit der Unterscheidung allgemeiner und besonderer Normen nichts zu thun. — Die Antwort auf jene zweite Frage würde aber zugleich, irre ich anders nicht, zu einem Theil die Basis für die Lehre vom sog. internationalen Strafrecht abgeben. Nun habe ich in meiner Kritik S. 116—136 neue Anschauungen über diese Materie niedergelegt, welche Beistimmung zunächst nicht gefunden haben. S. Heinze, Erörterungen S. 139; v. Wächter, Beitrag zur Gesch. und Kritik der Entw. eines Strafgesetzbuchs (1870) S. 74 ff. insbes. S. 77 n. 5. So wenig ich nun Schwarze, Gerichtssaal XXII S. 166 in seiner Behauptung Recht geben kann, meine Vorschläge seien durch v. Bar bei Goltdammer XVIII S. 87 ff. widerlegt worden, da doch v. Bar das. sachlich Nichts gegen mich vorbringt, so wenig halte ich selbst meine Ausführungen für abgeschlossen. Allein auch das internationale Strafrecht kann hier nicht beiläufig vollständig revidirt werden. 3) Was verbieten oder gebieten sie? S. darüber § 5 ff. u. § 24 ff. 4) In welchem Umfange verbieten oder gebieten sie? Irre ich nicht, so würde die Beantwortung dieser Frage den noch fehlenden Theil des Fundaments zum internationalen Strafrecht abgeben. — Wenn ich nun statt der vollen Schuld nur eine Abschlagszahlung leiste, so darf diese wenigstens nicht mit falschem Gelde geschehen, soll ich anders auf Nachsicht rechnen dürfen.

Dazu bestimmt die menschliche Freiheit in höchst möglichem Umfange sicher zu stellen kann ihm deren Beschränkung nicht Selbstzweck sondern nur Mittel zum Zweck sein. So bleibt nur übrig das Motiv des Verbotes zu finden in der Wirkung der verbotenen Handlung, in ihrem dem Rechtsleben nachtheiligen Erfolge während umgekehrt das Gebot erlassen wird um des durch die anbefohlene Handlung zu erreichenden vortheilhaften Resultates willen[70]. Jenem Erfolg sucht die Norm entgegenzuwirken, diesen will sie befördern. Wenn dem § 139 des deutschen Gesetzbuches das Gebot zu Grund liegt, dass derjenige, der von dem Vorhaben eines Hochverrates oder Raubes zu einer Zeit, in welcher die Verhütung des Verbrechens möglich ist, hievon rechtzeitig Anzeige mache, so kommt es dem Gebote nicht darauf an den Angeredeten etwa ausser Athem zu hetzen sondern die Paralysirung des verbrecherischen Vorhabens zu ermöglichen. Wenn dasselbe Gesetz der Ansicht ist, dass die den §§ 87, 89 u. 90 (Landesverrat) zu Grunde liegenden Verbote den Ausländer, der nicht auf deutschem Boden weilt, nicht verbinden und dennoch § 91 sagt: »Gegen Ausländer ist wegen der in den §§ 87, 89 und 90 bezeichneten Handlungen nach dem Kriegsgebrauche zu verfahren«, so liegt darin doch deutlich genug ausgesprochen, dass es der empfindliche Erfolg ist, der das Motiv der Normen wider Landesverrat für Inländer und zugleich das Motiv der Anwendung des Kriegsgebrauches gegen Ausländer abgiebt. Letzterer kann den Landesverrat gar nicht vollbringen und dennoch wird gegen ihn vorgegangen. Und wer möchte ernsthaft die Behauptung aufrecht halten, dass die Tödung verboten werde, damit der Mörder nicht seine Körperkraft, seine Gewandtheit oder List an seinem Opfer ausprobire, oder damit er dem Getödeten nicht unangenehm falle (sonst würde ja auch die Tödung eines Einwilligenden erlaubt sein) und nicht vielmehr

---

[70] L. 5 C. 1, 14. De legibus . . . Quod ad omnes etiam legum interpretationes, tam veteres quam novellas, trahi generaliter imperamus, ut legislatori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat . . . . Vgl. auch Baumeister, Bemerkungen zur Strafgesetzgebung S. 2 ff.

einzig und allein desshalb, damit das Leben dieses wichtige Rechtsgut möglichst unverletzt erhalten werde?

Diese Betrachtungen bahnen die Beantwortung einer wichtigen Frage an.

Wirkt es auf die Ausdehnung der Norm zurück, dass in einer Reihe von Fällen nur die vorsätzliche Uebertretung mit Strafe belegt wird, in andern auch die fahrlässige? Nur die vorsätzliche Bigamie, die dolose Vergewaltigung werden bestraft; lautet die Norm dann: Ihr sollt nicht bewusst in eine zweite Ehe treten, während die erste noch besteht[71]!? Damit wäre seitens der Rechtsquelle die unbewusste Eingehung der zweiten Ehe und damit implicite der Eintritt der Doppel-Ehe für ihr gleichgültig erklärt, dieselbe also erlaubt; auch wäre es den Handelnden nicht geboten sich vor der Ausführung ihrer Entschlüsse über den rechtlichen Charakter des beabsichtigten Thuns aufzuklären. Die Strafe würde nicht verhängt, weil ein Mensch einen der Rechtsquelle empfindlichen Nachtheil durch schuldhaftes Handeln herbeigeführt hätte, sondern lediglich wegen des formellen Widerspruchs zwischen der Norm und dem Handeln. Alle Verbrechen, die nur wenn dolos begangen ihre Strafe fänden, träten dadurch in die Reihen der Polizeivergehen ein[72]. Dadurch aber gerieten wir in eine völlig verkehrte Auffassung der Zwecke rechtlicher Verbote hinein. Das Motiv aller dieser ist die Wahrnehmung der Nachtheile, welche seis durch menschliche Handlung allein, seis durch anderweitige Kräfte oder menschliche Handlungen herbeizuführende Veränderungen für die Rechtswelt erzeugen[73].

---

[71] Diess meint Luden, Handbuch S. 242, der ein besonderes Verbot der absichtlichen und ein besonderes der fahrlässigen Handlung verlangt.

[72] Man sieht hieraus, wie hinfällig der Vorwurf ist, den mir v. Bar (in Goltdammers Archiv XVIII S. 87 n. 2) macht, das Strafrecht sei meiner Auffassung nach »wesentlich ein gewissermassen (!?) polizeiliches Schutzrecht zum Schutze der in einem Territorium vorhandenen Personen und Sachen«. Gerade die von mir bekämpfte Auffassung mündet im polizeilichen Fahrwasser.

[73] Vgl. Binding, Der Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den norddeutschen Bund. 1869. S. 119 ff.

Das rechtliche Verbot ist nur Ein Mittel nicht das einzige, dessen der Staat sich zum Zweck der Fernhaltung jener Veränderungen bedient[74]: ihm fällt die sehr beschränkte Aufgabe zu die Integrität rechtlicher Interessen sicher zu stellen gegen die künftigen Angriffe verantwortlicher Menschen. Es kann somit nicht anders als jene Interessen für schlechthin unverletzliche erklären und die Forderung an die Menschen zu erheben, ihre Handlungen so einzurichten, dass daraus eine solche Schädigung nicht hervorgehe. Es sagt: Ihr sollt überhaupt nicht töden, überhaupt nicht in Bigamie treten oder Ehebruch oder Incest treiben, überhaupt Niemandem unbefugt und wider dessen Willen eine bewegliche Sache aus seinem Besitz entfernen, überhaupt Niemanden einsperren, überhaupt keine Sachbeschädigung vornehmen u. s. w.[75].

Eine davon gänzlich verschiedene Frage ist dann die, in welchem Umfange die Rechtsquelle gegen geschehene Verletzungen dieser Befehle einschreiten will[76]? Zur Lösung dieser Frage wirkt noch eine Reihe von andern Faktoren mit als nur der der Widerrechtlichkeit jener Handlung, wie sich seiner Zeit deutlicher wird nachweisen lassen.

Dieses theoretische Resultat stimmt mit dem positiven Rechte vollständig überein: soweit wir in unseren Quellen Normen nachzuweisen im Stande sind[77], enthalten sie alle, wo

---

[74] Diese Mittel sind die verschiedensten. Man denke an die Thätigkeit der Sicherheitspolizei, an Staatsbauten, Strassenanlagen, Verminderung der zu schwörenden Eide, Schulzwang u. s. w.

[75] S. auch Glaser, Abhandlungen S. 289: »Das Gesetz ... begnügt sich, den Zustand, jene Veränderung in der Aussenwelt, jene Begebenheit zu bezeichnen, auf deren Herbeiführung der Unterthan seine Thätigkeit nicht richten darf.« Man beachte indessen § 8.

[76] Diess verkennt Luden, Handbuch I. S. 13. 14. 242.

[77] Vgl. unten § 10. 11. Beachte auch norddeutsches Militärstrafgesetzbuch § 168: »Hazardspiele sind den Unteroffizieren und Gemeinen gänzlich untersagt. Wer diesem Verbot zuwiderhandelt ....« Deutsche Kriegsartikel § 5. 11. 14. 23. 27. 30. 34. 37. 43. Deutsches Strafgesetzb. § 145: »Wer die vom Bundespräsidium zur Verhütung des Zusammenstossens der Schiffe auf See erlassenen Verordnungen übertritt (vgl. die Kaiserliche Verordnung vom 23. Dez. 1871), wird mit Geldbusse bis z. 500 Thlrn. bestraft.« S. auch dessen Einführungsgesetz § 7.

nicht eine Laxheit der Fassung sich eingeschlichen hat, solche allgemeine Verbote, die sich gleichmässig gegen die fahrlässige wie gegen die vorsätzliche Uebertretung richten.

Ferner ist eine andere interessante Erscheinung des positiven Rechtes nur auf dieser Grundlage zu erklären: es ist das die im römischen Rechte ganz ausdrücklich und allgemein anerkannte Verpflichtung der Handelnden, Causalitäten zum Eintritt eines schädlichen Erfolges, die sie vielleicht ohne alles Verschulden realisirt haben, zu vernichten, wenn sie dazu noch vor dem Eintritt des Schadens im Stande sind [78].

§ 6. C. *Handlungsnormen oder Unterlassungsnormen?*

Der üblichen Eintheilung der Verbrechen in Unterlassungs- und Begehungsverbrechen liegt die Behauptung zu Grunde die grosse Masse der Normen bestehe aus Verboten zu thun, also aus Geboten der Unterlassung, wenige forderten ein Thun und verböten die Unthätigkeit. Lasse ich Letztere für einen Augenblick zur Seite so scheint mir die Auffassung der ersteren, als verfügten sie lediglich eine Beschränkung der menschlichen Thätigkeit [79], also etwas rein Negatives, nicht richtig zu sein. Stände jedem Menschen vor seiner That das Ergebniss derselben klar vor Augen und fasste er demgemäss die beabsichtigte Handlung in ihrer Eigenschaft als Ursache zur Erreichung dieses Ergebnisses auf, dann würde das Recht, falls es jenes Resultat vermieden zu sehen wünschte und der Handelnde auch darüber sonder Zweifel wäre, mit einem einfachen Gebote: Du sollst die Ursache zu ihm, die du als solche erkennst, durch deine Thätigkeit nicht anstossen! ausreichen können [80]. Nur das Fallenlassen des ganzen Planes könnte den Einsichtigen vor den Folgen der Uebertretung des Gesetzes, dem zuwider zu handeln er im Begriffe stand, retten. Allein dem menschlichen

---

78 Es ist diess ein Punkt, den ich alsbald noch näher werde beleuchten müssen. Vgl. bes. S. 44.

79 So z. B. Glaser, Abhandl. S. 289.

80 Es wären dann nur dolose Verbrechen möglich, bezüglich deren die Aufstellung einer reinen Unterlassungspflicht genügte.

Geiste ist jene Klarheit vorenthalten. Er übersieht es nie ganz, wie sein bischen Thätigkeit tausendfach bedingt und hundertfach bedingend Zielen zustrebt, die ihm vielleicht nie erreichbar, Klippen zutreibt, die er ängstlich vermied; nur die gespannte Aufmerksamkeit kann hindern, dass er ein Spielball des Schicksals, des Zufalls werde. Und doch ist der Mensch berufen zu handeln, kann nicht ruhen, und überall, wohin er sich wendet, stehen die rechtlich geschützten Güter bald seinem Auge sichtbar bald nicht. Vielleicht denkt sein Herz nicht an schlimme That und doch stösst er in demselben Augenblick die Bedingungen zur Vernichtung eines Menschenlebens an.

Wenn also das Gemeinwesen seine noli me tangere vor der Verletzung durch menschliche Handlungen schützen will, wenn es weiss, des Menschen Beruf ist es sich zu bethätigen, so kann es nicht ausreichen mit dem Gebote: der Mensch solle ruhen abseiten der rechtlich geschützten Güter, sondern muss ihn für den Fall seines Handelns verpflichten, in einer bestimmten Weise zu handeln, nämlich unter beständiger Beschaffung der Garantieen für das Unverletztbleiben der Objekte des Rechtsschutzes, mit einem Worte: zum Rechthandeln[81]. So enthalten jene Verbote keineswegs nur ein Verbot Handlungen vorzunehmen, deren Verderblichkeit man einsieht, (Ihr sollt nicht: töden!), sondern zugleich ein Gebot des sorgsamen Handelns (Ihr sollt: nichttöden!). Sie sind nicht reine Unterlassungsnormen sondern zugleich Normen eines bestimmt geeigenschafteten Handelns[82]; sie verweisen den Menschen nicht nur zur Ruhe sondern zur rechten That. Während sie aber den

---

[81] Sehr richtig macht Grolman, Criminalrechtswiss. 3. Aufl. § 45 n. 6 darauf aufmerksam, »dass sich bei der Unbesonnenheit des Handelns als Regel gedacht ein rechtliches Verhältniss durchaus auch nicht einen Augenblick denken lassen würde«.

[82] Dadurch allein, dass Feuerbach, Ueber dol. u. culpa, Bibl. f. peinl. Rechtswiss. II. St. 1 S. 227—229 aus diesem Inhalt des Einen Gesetzes zwei Gesetze macht, das des untersagten Erfolgs und das der Anwendung gehörigen Fleisses, gelingt es ihm, die fahrlässige Handlung als gegen eine andere Norm verstossend hinzustellen, als die vorsätzliche und jene zu einer vorsätzlichen Handlung umzuformen. Ein besonderes Straf-

Menschen ruhen lassen, wenn er will, und nicht die Initiative ergreifen, um ihn zur Thätigkeit anzustacheln, legen die Gebote zum Thun dem Menschen überhaupt die Pflicht auf aus seiner Ruhe herauszugehen, obgleich die Folge der Ruhe wieder Ruhe und keine Veränderung in der Rechtswelt, also auch keine Rechtsverletzung ist. Sie sind nicht Normen, Handlungen in bestimmter Weise einzurichten, sondern Handlungsnormen schlechthin und unterscheiden sich dadurch aufs Schärfste von den Verboten, deren Zweck die Vermeidung bestimmter Veränderungen in der Rechtswelt ausmacht.

§ 7. D. *Drei Arten der Zweckverfolgung durch die Normen.*

Ein Blick auf jeden grösseren Normenkomplex und die Verschiedenheit des Inhalts der Verbote und Gebote genügt, um die Richtigkeit der obigen Auffassung vom Zwecke der Normen kaum widerleglich zu beweisen[83].

Die Normen, auf denen alle Strafgesetze der Welt ruhen, zerfallen zunächst in Verbote oder Gebote. Jede dieser beiden Arten lässt sich nun nach der Art und Weise den Zweck zu verfolgen in drei Klassen zerlegen. Es bestreben sich

I. die Verbote gewisse Veränderungen in der Rechtswelt fernzuhalten. Der einfachste Weg zum Ziel ist es

1. wenn die Norm die Herbeiführung dieser Veränderung als solche verbietet. Diese bei Weitem zahlreichste und bedeutendste Gruppe von Normen ist durchweg gebildet nach den Mustern: Ihr sollt nicht töden, Ihr sollt nicht stehlen, nicht ehebrechen, den Staat nicht in seinem territorialen oder grundgesetzlichen Bestand verletzen, keine falsche Urkunde als sei es eine echte gebrauchen! Die Norm-

---

gesetz des Inhalts: Alle seien behufs Vermeidung eines nicht beabsichtstrafbaren Erfolgs zu der ihnen möglichen Aufmerksamkeit verpflichtet nimmt auch Henke, Handbuch I. S. 352. 353 an; und zwar zu dems. Zweck.

[83] Manche treffende Bemerkung bei Baumeister, Bemerkungen § 2: »Die Form des Strafgesetzes«. Störend wirkt die auch hier herrschende Verwirrung von Norm u. Strafgesetz.

übertretung vollendet sich hier theoretisch immer erst mit dem Eintritt des Erfolgs, welchen die Rechtsordnung nicht herbeigeführt haben will. Dass das positive Strafrecht diesen Vollendungspunkt in das Stadium der Versuchshandlung zurückschieben kann und diess zum öftern wirklich thut, ist bekannt; dadurch ändert sich aber der Inhalt der Norm nicht.

Es ist von Interesse hier schon kurz zu prüfen, welchen praktischen Gehalt solche Normen für diejenigen besitzen, die ihnen gemäss leben sollen[84], und diese Prüfung schliesst sich zweckmässig an die Norm wider die Tödung[85].

---

[84] Vgl. darüber auch § 6 und was im zweiten Buch über die rechtlich vollkommene Handlung gesagt ist.

[85] Ich beabsichtige in den folgenden Blättern nicht des Ausführlicheren einzugehen auf die Lehre des Causalzusammenhanges und auf eine Rechtfertigung meiner alsbald festzustellenden Ausdrucksweise, die ich auch für die Fälle aufrecht halte, wo zum Erfolg notwendige Bedingungen erst nach der menschlichen Thätigkeit eintreten. Sehr wertvolle Ausbeute gewährt Mill, Logik Buch III. Kap. 5. Das allgemeine Causalgesetz u. Kap. 6. Von der Zusammensetzung der Ursachen. Nur muss ich mich hier ausdrücklich verwahren gegen die Grundbegriffe der neusten Schrift über diese Materie: v. Bar, die Lehre vom Causalzusammenhang. Leipzig 1871. Hier wird der Ursachenbegriff S. 11 folgendermassen formulirt: »ein Mensch ist im rechtlichen Sinne Ursache einer Erscheinung, insofern er als die Bedingung gedacht wird, durch welche der sonst (?) als regelmässig gedachte Verlauf der Erscheinungen des menschlichen Lebens ein anderer wird.« Man gerät hier sofort in die seltsamste Verlegenheit. Was ist der sonst als regelmässig gedachte Verlauf? Ursache im rechtlichen Sinn kann nur eine menschliche Handlung sein: durch jede Handlung geschieht etwas, was ohne dieselbe unterblieben wäre; jede Handlung enthält also eine Ablenkung des Laufes der Erscheinungen des menschlichen Lebens, der ohne die Handlung eingetreten wäre, der also ohne sie der regelmässige gewesen wäre. Da langt man denn sofort auf der ganz seltsamen Vorstellung an: der regelmässige Verlauf der Erscheinungen des menschlichen Lebens, die Bestimmung des Menschen sei die absolute Thatenlosigkeit, die Folge dessen das Verhungern sofort nach der Geburt oder nach dem Eintritt der Handlungsfähigkeit und der Mensch werde durch jede Thätigkeit Ursache im rechtlichen Sinne. Würde dem thätigen Menschen noch das Attribut der Handlungsfähigkeit zugelegt, so wäre der letzte Satz nicht unrichtig aber auch nicht fördernd: denn nicht, dass der Mensch Ursache ist, interessirt das Recht, sondern wovon, u. v. Bar am wenigsten möchte darauf die Antwort geben: von

Da nur das Ursache genannt werden kann, was seine Folgen hat, die Ursache zur Tödung den Tod ausnahmelos be-

---

Allem, was ohne seine Handlung nicht eingetreten wäre. — Allein dieses unschuldige Resultat muss zu Gunsten eines andern viel schlimmeren aufgegeben werden. Bei genauerer Lektüre der v. Bar'schen Schrift stellt sich heraus, dass v. B. unter dem »sonst als regelmässig gedachten Verlauf« etwas Anderes versteht. S. S. 44 »Dem zurechnungsfähigen Menschen erscheint notwendig das Handeln ohne rechtsverletzenden Erfolg als die Regel des Lebens, der rechtsverletzende Erfolg als das Regelwidrige«; vgl. S. 88 »Wer in der Regel des Lebens sich hält, handelt weder dolos noch kulpos« u. S. 17 »Der Gegensatz einer vom Leben verlangten Thätigkeit ist aber eine vom Gesetze, welches wir doch als die Norm des Lebens betrachten müssen (sic!), verbotene.« Wie inkorrekt der letzte Gegensatz auch ist, er bestätigt: »der sonst regelmässige Verlauf« ist der Verlauf der menschlichen Handlungen innerhalb der Schranken des Rechts. Sofort entsteht das Resultat: Ursache kann der Mensch nur von einem andern als dem sonst regelmässigen Verlaufe, d. h. eben nur von einer Widerrechtlichkeit werden. Ursache davon ist der Mensch nach v. Bar S. 11, wenn er als »Bedingung der Abweichung gedacht wird« (sollte »ist« heissen?), womit nichts gewonnen sein dürfte. Ursache einer regelmässigen Erscheinung ist der Mensch nie! Damit stimmt denn allerdings S. 21 oben absolut nicht, »alle Folgen der Handlung werden auf den Handelnden als Ursache bezogen, welche in dem regelmässigen Laufe der Dinge liegen« (auf ders. Seite finden sich auch: Voraussetzungen »welche eine Abweichung von dem regelmässigen Laufe der Ereignisse regelmässig hervorbringen«, wo man denn beim besten Willen konfus werden muss); wohl aber stimmt damit und damit allein, dass der dolus als direkte, die culpa als indirekte Causalität gefasst ist (damit bringe ich allerdings S. 84 n. 22 a. E. nicht in Einklang). Diese Resultate sind jedenfalls durchaus ungenügend, die Beschränkung der menschlichen Verursachung auf rechtswidrige Erfolge durchaus einseitig. — Das ganze Buch leidet an der Ueberschätzung eines weder klar gefassten noch folgerichtig durchgeführten noch überhaupt wirklich brauchbaren Begriffs »der Regel des Lebens« und an der Unklarheit des Verhältnisses dieser Regel des menschlichen Lebens zum Recht. Welcher von beiden Faktoren ist der Souverän? das Recht oder — die Rechtsanwendung? Auf S. 17 (s. oben) wird das Gesetz als die Norm des Lebens anerkannt, also doch auch als die Norm der Regel des Lebens. Im Grossen und Ganzen aber will v. Bar die Sache umgekehrt fassen: das Regelmässige ist Recht, das Unregelmässige Unrecht (vgl. S. 97—99). Was ist denn aber das Regelmässige? Das Verhalten der Majorität, etwa während des letzten Jahres oder während der letzten fünf Jahre? Und wie wenn die Minorität viel häufiger handelt? Können, wenn etwa

wirkt, die Rechtsordnung die Herbeiführung bestimmter Folgen durch menschliche Thätigkeit vermieden haben will, so lassen sich ihre Verbote praktischer so ausdrücken: »Ihr sollt nicht die Ursache zu einem Tode, zu der oder jener Veränderung erzeugen«[86].

a. Nun ist jede Veränderung in der Welt das Resultat eines siegreichen Kampfes einer Kraft über die andere, der die Gegenwart zerstörenden Elemente über die sie zu erhalten oder sie nach anderer Richtung fortzureissen bestrebten. Spielt die menschliche That bei Herbeiführung einer Veränderung mit, so kann diess dem Anscheine nach auf zwei Weisen geschehen: entweder sie verstärkt die zu jenem Erfolge hinwirkenden oder aber sie schwächt die jenem Erfolge widerstrebenden Bedingungen[87]. Stiftet Jemand eine Ueberschwemmung, so kann er diess thun durch Verstärkung des Wasserdrucks auf die

---

singuläre Handlungen nur von wenigen Personen, etwa den Lootsen, begangen werden können, diese sagen: wir führen diese oder jene Regel ein und somit ist diese Recht? Und wenn die Regel schwer erkennbar ist? v. Bar selbst kennt sie oft nicht: s. S. 17 über Heerdfeuer. Um nur wenige Belege für meine Behauptung von der Unklarheit und Unbrauchbarkeit »der Regel des Lebens« anzuführen: regelwidrig ist das Unrechtmässige; S. 34 sagt uns, dass nur diejenige Handlung »der Regel des Lebens entspricht, welche aller Voraussicht nach die Interessen Dritter nicht gefährdet«. S. 14 erklärt gewagte Operationen unter Umständen als »vernünftig, also der Regel des Lebens entsprechend«; S. 15 kennt eine »der Regel des Lebens entsprechende Thätigkeit, die mit einer grossen Wahrscheinlichkeit einen schadenden Erfolg vorhersehen lässt.« Der Grund der Verantwortlichkeit für eine Regelwidrigkeit liegt dann gar nicht in dieser sondern in der Thatsache, dass Andere häufiger anders handeln. — Es kann mir hier nicht einfallen, alle Widerssprüche bezüglich der Regel des Lebens in v. Bars Buch aufzuweisen: es liefert aber den schlagenden Beleg, dass diese ganze »Regel des Lebens« für den Rechtsforscher nur ein grosses Irrlicht ist, vor dem männiglich zu warnen.

[86] Vgl. die feine, wenn auch in anderm Zusammenhange gethane Aeusserung Ulpians in l. 15 § 1 D. 9, 2 ad leg. Aquil. . . . . quia verum est eum a te occisum tunc cum vulnerabas, quod mortuo eo demum apparuit.

[87] Kant, Rechtslehre, Werke IX. S. 34: »Der Widerstand, der dem Hinderniss einer Wirkung entgegengesetzt wird, ist eine Beförderung dieser Wirkung und stimmt mit ihr zusammen.«

Schleussen, so dass das Wasser sie bricht: oder aber durch Entfernung oder Schwächung der Schleussen, die in Folge davon durchbrochen werden. Tödet Jemand, so kann er diess thun durch Verletzung der das Leben erhaltenden Körperintegrität oder durch Hinderung des Hinzutretens von Sauerstoff zu den Lungen[88].

Diese anscheinende Verschiedenheit, mit welcher die menschliche Kraftanstrengung sich an der Herbeiführung eines Erfolges betheiligt, löst sich auf in eine wesentliche Gleichheit. Denn da Alles auf die Ueberlegenheit der zum Erfolge wirkenden über die ihn hindernden Bedingungen ankommt und nicht auf eine absolute Grösse einer jener Bedingungsmassen, so ist eine Beseitigung abhaltender Bedingungen undenkbar ohne eine darin enthaltene Stärkung ihrer Widerparte. Verhalte sich die Kraft beider Bedingungsmassen wie 3:3 so wird nichts geschehen. Der Erfolg wird aber ebensowohl eintreten, wenn ich die Kraft der zu ihm hinwirkenden Bedingungen auf 4 steigere, als wenn ich die der abhaltenden Bedingungen auf 2 mindere. Verursachung einer Veränderung ist desshalb identisch mit einer Veränderung des Gleichgewichts zwischen den sie abhaltenden und den zu ihr hinwirkenden Bedingungen zu Gunsten der Letzteren. Ursache sind die zum Erfolge hinstrebenden Bedingungen in ihrem Uebergewicht über die von ihm abhaltenden. Erzeugung der Ursache ist also nichts weniger als Erzeugung sämmtlicher zum Erfolg hinwirkender oder Vernichtung sämmtlicher von ihm abhaltenden Bedingungen. Die Ursachen, die nie einfach sind, bilden sich stets aus einer solchen Menge von Bedingungen, dass der Mensch selbst bei sorgfältigster Beobachtung nicht alle in seinem Bewusstsein erfassen und sie nie alle produciren kann. Keine dieser Bedingungen kann fehlen, alle sind notwendig damit ihre Summe verbunden mit ihrem Spannungsverhältniss sich als Ursache darstelle. Der Mensch verursacht etwas, sofern er jene Ueberlegenheit der hinwirkenden über die abhaltenden Bedin-

---

[88] S. auch Glaser, Abhandlungen a. a. O. S. 313 ff.

gungen bewirkt, und wieviel oder wie wenig er dazu zu thun hat, diess bestimmt sich nach dem Machtverhältniss der beiden Bedingungsmassen, wie er es vorfindet. Am leichtesten ist seine Aufgabe im Falle des Gleichgewichts, schwerer, wenn die abhaltenden Bedingungen an Kraft ihren Gegnern überlegen sind.

b. Indem der Kanon befiehlt, die menschliche Thätigkeit solle nicht die Ursache zur Vernichtung eines Menschenlebens setzen, wird der ihm gemäss handeln, welcher den schädlichen Erfolg abhaltende Bedingungen zwar beseitigt, diese aber durch Schaffung neuer ersetzt hat[89]. Denn ein solcher vernichtet durch die zweite Handlung, wenn ich der Kürze halber so sagen darf, die mögliche Ursache, die seine erste erzeugt hat und hindert sie zur wirklichen zu werden. Jenes Verbot aber lautet nur dahin: die Erzeugung einer wirklichen Ursache des schädlichen Erfolgs habe zu unterbleiben. Die Bedingungen werden erst dann zur Ursache, wenn die menschliche Handlung nicht mehr vermag, den Erfolg abhaltende Bedingungen vor dessen Eintritt einzuschieben und das rollende Rad an den Speichen zu halten. Bis dahin bewegt sich die Handlung insoweit frei, als ihr keineswegs obliegt nie eine Bedingung zu verwirklichen, welche allenfalls einem Menschenleben gefährlich werden könnte, oder nie eine der die Vernichtung von Menschenleben abhaltenden Bedingungen zu beseitigen. Mit solchen Anforderungen würde man zu dem sinnlosen Resultate kommen, dass der Mensch gar nichts mehr thun darf, dass er nicht mehr fahren, reiten, gehen, dass er keine Eisenbahnschienen mehr herausnehmen darf um sie durch eine bessere zu ersetzen[90].

---

[89] In der Erfüllung dieser Rechtspflicht ruht die Straflosigkeit des freiwilligen Rücktritts vom Versuch, die sich stets in Hemmung der Thatseite äussern muss, wenn anderenfalls die angestossenen Bedingungen zum rechtsverletzenden Erfolg fortwirken würden. Jene Straflosigkeit ist also keineswegs nur ein Postulat der Klugheit sondern wurzelt in der wegfallenden Rechtswidrigkeit der Handlung.

[90] Viel zu weit gehen diejenigen, welche das rechtliche Verbot überhaupt dahin ausdehnen, jede Handlung zu unterlassen, durch welche das Gesetz der Gefahr übertreten zu werden ausgesetzt werde. Vielmehr ordnen diese Normen stets nur an — und sie brauchen nicht mehr

Allerdings aber liegt dem Handelnden die Pflicht ob zu sorgen, dass nicht die von ihm gesetzten Bedingungen die Ursache erzeugen, und würden sie diess ohne sein thätiges Eingreifen thun, so ist er zu einem solchen verpflichtet. Wer Augen hat um das Leben zu beobachten sieht tagtäglich Beispiele genug, wie diese Pflicht im Bewusstsein der Rechtsgenossen lebt und er begreift auch, selbst wenn er die Art sie theoretisch zu begründen nicht entdeckt, dass das Leben ohne die Anerkennung dieser Pflicht seitens der Rechtsordnung nicht bestehen kann. Das Verbot die Ursache einer Rechtsverletzung zu erzeugen involvirt das Gebot für die Handelnden, die mögliche Ursache für den Eintritt oder die wirkliche Ursache für die Fortdauer einer Rechtsverletzung, die sie durch ihre Thätigkeit ins Leben gerufen haben, in dieser Ursächlichkeit zu vernichten[91].

---

und dürfen desshalb nicht mehr thun —: setzt keine wirkliche Ursache einer Verletzung! Jener Ansicht Grolman, Bibl. f. peinl. Rechtswiss. I. St. 1 S. 23, der damit consequent zur Zurechnung aller als solcher vorauszusehenden rechtsschädigenden Handlungen eines überhaupt Zurechnungsfähigen zur Schuld gelangt.

[91] Das römische Recht hat diess für Civilrecht wie Strafrecht gleichmässig anerkannt. Vgl. § 6 J. 4, 3 De lege Aquilia. Praeterea si medicus, qui servum tuum secuit, dereliquerit curationem atque ob id mortuus fuerit servus, culpae reus est. Sehr schön in l. 1 § 47 D. 16, 3 Depositi vel contra. (Ulpian.) Der Erbe verkauft unwissentlich Depositen aus der Erbschaft. Et quia dolo non fecit, non tenebitur de re. An tamen vel de pretio teneatur, quod ad eum pervenit? Et verius est, teneri eum; hoc enim ipso dolo facit, quod id, quod ad se pervenit, non reddit. l. 13 pr. D. eod. (Paulus) Si quis infitiatus sit non adversus dominum, sed quod eum, qui rem depositam petebat; verum procuratorem non putaret aut eius qui deposuisset heredem, nihil dolo malo fecit; postea autem si cognoverit, cum eo agi poterit, quoniam nunc incipit dolo malo facere si reddere eam non vult. l. 5 § 10 D. 9, 3 De his qui effuderint. Positum habere etiam is recte videtur, qui ipse quidem non posuit, verum ab alio positum patitur. l. 38 § 4 u. 5 D. 48, 5 Ad leg. Jul. de adult. (Papin.) § 4 Fratres denique Imperatores Caudiae crimen incesti propter aetatem remiserunt, sed distrahi coniunctionem illicitam iusserunt, quum alias adulterii crimen, quod pubertate delinquitur, non excusetur aetate. . . . . § 5. Idem imperatores rescripserunt, post divortium, quod cum noverca bona fide

2. Das Gesetz kann aber der Rechtswelt empfindlichen Folgen auch so entgegenwirken, dass es bestimmte Handlungen verbietet sofern sie die Gefahr in sich tragen Ursache eines bestimmten verletzenden Erfolges zu werden. Die gefährliche Handlung wird dann als solche verboten [92]; ohne Gefahr ist sie erlaubt. So liegen z. B. der Ueberschwemmungsstiftung des deutschen Gesetzbuchs, sofern sie nicht zugleich Sachbeschädigung ist, die Normen zu Grunde: Ihr sollt nicht mit gemeiner Gefahr für fremdes Menschenleben oder fremdes Eigenthum eine Ueberschwemmung stiften (§ 312—314)! Verboten ist das Einfahren oder Zureiten der Pferde mit gemeiner Gefahr (§ 366 n. 2), die Gefährdung des Eisenbahntransportes (§ 315), die Gefährdung von Schiff und Ladung durch an Bord nehmen von Contrebande (§ 297), die Brandstiftung an der eignen Sache, sofern diese geeignet ist das Feuer über Menschenwohnungen oder fremdes Eigenthum zu verbreiten (§ 308) [93].

Es bedarf keines Wortes darüber, dass dieses Verbot der gefährlichen Handlung doch nur der Sorge vor der Verwirklichung der Gefahr, vor dem Eintritt des gefürchteten Erfolges

---

privignus fecerit, non esse crimen admittendum incesti. l. un. C. 9, 36 De famosis libellis. Zahlreiche weitere Beispiele werden in der Darstellung des römischen Dolusbegriffes gelegentlich des sog. dolus subsequens berührt werden.

[92] S. das baierische Strafgesetz v. 1813 A. 64: »Jeder Unterthan ist schuldig, gefährliche Handlungen zu unterlassen. . . . Wer dieser Verbindlichkeit zuwider etwas gethan oder unterlassen hat, woraus ohne seine Absicht eine in diesem Gesetzbuche enthaltene Uebertretung entstanden ist, wird desshalb wegen Vergehen aus Fahrlässigkeit verantwortlich.« Die verschiedenen fahrlässigen Verbrechen erscheinen dann nur als verschiedene qualifizirte Uebertretungen der Norm wider gefährliche Handlungen.

[93] Keineswegs gehören alle Normen hieher aus denen »die gemeingefährlichen Verbrechen und Vergehen« (Abschnitt 27 des deutschen Gesetzbuchs) gebildet sind. Denn ganz abgesehen davon, dass es darunter »gemeingefährliche Verbrechen« giebt, die nicht notwendig gemeine, sondern nur individuelle Gefahr hervorzurufen brauchen, so ist nicht einmal eine solche individuelle Gefährdung gesetzlich wesentliches Merkmal einer ganzen Anzahl dieser Verbrechen.

entspringt. Es unterscheidet sich inhaltlich von dem Verbot der Herbeiführung des schädlichen Erfolges dadurch:

a. es will eine bestimmte Gefahr vermieden wissen. Liegt die Ursache einer Veränderung in dem Uebergewicht der zum Erfolg hinwirkenden über die ihm widerstrebenden Bedingungen, und kann die Veränderung absolut nicht eintreten bei umgekehrtem Kräfteverhältniss, so liegt die Gefahr die Veränderung werde eintreten in dem Gleichgewicht jener beiden Bedingungsmassen. Der Hinzutritt eines kleinen Umstandes kann dann die Gefahr in die Ursache verwandeln. Allein hier spottet das Leben dieser mathematischen Betrachtungsweisen. Der eingetretene Erfolg belehrt uns sicher darüber, dass die Ursache zu ihm vorlag, der nicht eingetretene, dass die Ursache zu ihm fehlte; bei der Unsichtbarkeit und Unmessbarkeit aber von zahllosen vorhandenen Bedingungen sind wir nicht in der Lage das Gleichgewicht beider Bedingungsmassen zu konstatiren. Allerdings in diesem Gleichgewicht verkörpert sich das Maximum der Gefahr; allein wir müssen ein Gut auch schon dann als gefährdet ansehen, wenn wir befürchten müssen, dass das bis dahin günstige Bedingungsverhältniss in ein ungünstiges umschlägt.

b. Gefährdung eines Gutes ist also identisch mit Verstärkung der zum Erfolg hinwirkenden Bedingungen in der Weise, dass wir ein Hinauswachsen derselben über das Gleichgewicht mit den abhaltenden Bedingungen befürchten müssen. Es fragt sich: untersagt das Verbot einen schädlichen Erfolg zu verursachen zugleich schon die Gefahr seines Eintrittes zu bewirken? Ist das Verbot der Gefährdung nur ein unvollständiges Verbot der Verursachung?

Keineswegs! Dem Verbote der Verursachung handelt der Gefährdende nicht zuwider. Er kann klaren Blickes eine grosse Gefahr für rechtliche Güter herbeiführen; sofern er nur den festen Willen hat, die vom Erfolg abhaltenden Bedingungen in der nötigen Kraft zu beschaffen und diess ausführt, hat er sich innerhalb seiner rechtlichen Schranken gehalten. Die vorsätzliche höchstmögliche Gefährdung eines Menschenlebens ist noch keineswegs Tödungsversuch. Der Versuch der ver-

botenen Verletzung theilt mit der Gefährdung, dass Beide eine Verstärkung der hinwirkenden über die abhaltenden Bedingungen bewirken; der Versuchende aber will die Ursache zur Verletzung erzeugen, der Gefährdende nicht. Jener thut, was er nicht darf und nur sofern er aufhört an der Erzeugung der Ursache zu arbeiten oder, wie man sich ausdrückt, freiwillig vom Versuche zurücktritt, verlässt er den Weg des Unrechts. Der Gefährdende handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Gefährdung als solche verboten ist.

c. Ist nur die Gefährdung eines Gutes und nicht dessen Verletzung verboten, so wird sich allerdings der Versuch der Verletzung als Uebertretung des Gefährdungsverbotes darstellen.

d. Ist sowohl die Verletzung eines Gutes als dessen Gefährdung verboten, so haben Vorsatz und Fahrlässigkeit einen andern Inhalt bei den Uebertretungen der Verursachungs- als bei denen der Gefährdungsverbote; die vollendete Gefährdung ist desshalb keineswegs zugleich versuchte Verletzung. Ist sowohl die Gefährdung als die Verletzung mit Strafe belegt, so erscheint es notwendig, durch die Strafe der Verletzungen die der Gefährdungen absorbiren zu lassen.

3. In noch entfernterer Beziehung zu den unerwünschten Erfolgen aber doch auch lediglich in der Absicht ihnen entgegenzuwirken aufgestellt, steht endlich eine dritte Klasse von Verboten. Die Rechtsquelle erlässt sie gegen Handlungen, welche regelmässig eine Gefahr für bestimmte Güter in sich verbergen: diese werden aber nicht verboten insoweit sie gefährlich sind, sondern schlechthin, einerlei ob im einzelnen Fall gefährlich oder jener Gefahr ledig. Man kann nicht sagen: die Verursachungsverbote verbieten die Erzeugung der Ursachen gewisser Erfolge, die Gefährdungsverbote die Verstärkung der zu diesen Erfolgen hinwirkenden Bedingungen in der Weise, dass ihr Sieg über ihre Gegner zu befürchten steht, diese dritte Klasse endlich verbietet einzelne Bedingungen zum Eintritt solcher Erfolge zu setzen. Denn die Handlungen, die sie umfasst, sind unerlaubt, auch wenn sie im einzelnen Fall gar nicht als Bedingungen zum Eintritt einer Verletzung gedacht werden

können. Die schwächlichste Vorbereitungshandlung zum Hochverrat, die unschädlichste Mittheilung von Privatgeheimnissen oder Veröffentlichung von Rissen von Festungswerken, das ungefährlichste Hetzen eines feigen zahnlosen Hundes auf Menschen, die solideste Missachtung der Polizeistunde, der ungeschickteste Versuch der Verleitung zum Meineid, die sorgfältigste Beerdigung eines vollständig Toden an der richtigen Stelle des Friedhofs ohne Vorwissen der Behörde, sie alle und eine Reihe ganz ähnlicher Handlungen finden nach dem deutschen Strafgesetzbuch ihre Strafe.

Diese Strafe ist lediglich eine Ungehorsamsstrafe. Wenn die vollendete Uebertretung der Verursachungsverbote die Rechtsordnung immer empfindlich verletzt, so gleichen sich die Verletzungen der Gefährdungsverbote und dieser letzten Gruppe von Verboten darin, dass die Rechtswelt von ihnen völlig unberührt bleiben kann, allein ebensowohl wenn auch nicht verletzt so doch gestört zu werden vermag: die Gefahr kann verwirrend beängstigend hemmend wirken und so neue Gefahren in sich bergen. Der reine Ungehorsam aber und die verbotene Gefährdung unterscheiden sich dadurch, dass Letztere stets ihre Spitze einem rechtlich wertvollen Gute zuwendet, der Ungehorsam nicht selten aber nicht einmal ein solches Gut zu Gesicht bekömmt, was er bei aller Anstrengung verletzen könnte [94].

II. Umgekehrt wie das Verbot wird das Gebot thätig im Interesse der Herbeiführung günstiger Erfolge für die Rechtswelt. Dieselben drei Strassen aber, welche den Verboten dienen um zu ihren Zwecken zu gelangen, werden auch von den Geboten nur in umgekehrter Richtung benutzt.

1. Das Gebot befiehlt einen solchen günstigen Erfolg zu bewirken. Verursacht nicht, befehlen die Verbote,

---

[94] In welchem Verhältniss diese Verbote in ihrer Verschiedenheit zu der Unterscheidung des kriminellen und polizeilichen Unrechts stehen, wird am Schlusse des dritten Abschnittes erörtert werden müssen. In meiner Kritik S. 119 ff. habe ich unrichtiger Weise nur zwei Klassen von Verboten: Verletzungs- und Gefährdungsverbote anerkannt.

verursacht, die Gebote. So, um nur ein Beispiel anzuführen, befiehlt die dem § 368 n. 2 zu Grunde liegende Norm die Vernichtung von Raupen und damit die Verringerung einer Landplage.

2. Das Gebot befiehlt bestimmte Handlungen, sofern sie die Herbeiführung günstiger Erfolge bewirken können. So wenn das deutsche Gesetzbuch verlangt, dass derjenige, der von dem Vorhaben eines Hochverrats, Mordes u. s. w. glaubhafte Kenntniss zu einer Zeit erlangt, in welcher die Verhütung des Verbrechens noch möglich ist, der Behörde oder dem Bedrohten davon rechtzeitig Anzeige mache (§ 139). Keineswegs fordert die Norm, es solle der Mensch sich auch dafür anstrengen die Voraussetzungen zu beschaffen, unter welchen er verpflichtet erscheint aus seiner Ruhe herauszutreten. Niemand ausser der Sicherheitspolizei ist in Folge jener Norm verpflichtet nach verbrecherischen Plänen herumzuhorchen. Keineswegs aber erheischt sie andrerseits auch die wirkliche Verhinderung des Verbrechens: man könnte sagen, sie befiehlt die Gefährdung der Ausführung des hochverräterischen oder mörderischen Planes.

3. Das Gebot befiehlt Handlungen, die sich regelmässig als Bedingungen eines günstigen Erfolges darstellen, einerlei ob sie diess im konkreten Falle sind oder nicht. So kann eine Unterlassung der zur Erhaltung der Reinlichkeit polizeilich vorgeschriebenen Maassregeln im einzelnen Falle in keiner Weise ungünstig wirken und dennoch verboten und strafbar sein (§ 366 n. 10).

§ 8. E. *Die Norm eine Regel mit Ausnahmen.*

Eine vielfach wiederkehrende Vorstellung, deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit von der Gestaltung der Normen abhängt, ist die, das Verbrechen sei das schlechthin oder an sich oder absolut Unerlaubte.[95] Damit kann nur gemeint sein, dass

---

[95] Es genüge zu verweisen auf Grolmann, Bibl. für peinl. Rechtswissenschaft I. St. 1. S. 34; Stahl, Rechts-Philosophie II. 2. S. 695:

die Handlung, welche das Verbrechen konstituire, nie und nimmer erlaubt sein könne. Denn dass das Verbrechen als solches absolutes Unrecht sei, versteht sich von selbst. Aber diese Absolutheit theilt es mit allem Unrecht: das Unrecht ist nie gestattet, denn Unrecht ist eben das Verbotene.

Läge nun in jener Auffassung die Wahrheit, so müsste eine zwiefache Erscheinung unverändert allen geschichtlichen Wechsel überdauern: die Normen müssten unwandelbar die gleichen bleiben vom Anfang bis zum Ende der Geschichte, und diese starren Normen müssten ihre starre Schroffheit auch darin bewähren, dass sie sich als kategorische Imperative, als Verbote und Gebote ohne alle und jede Ausnahme darstellten [96]. Dann würde das Recht von dem Verbrecher an seiner empfindlichsten Stelle angegriffen werden, dann stände das Recht zu der verbrecherischen That im grundsätzlichen Widerspruch, dann wären jene unbedingten Normen Grundpfeiler oder Grundlagen der Rechtsordnung und das Verbrechen ein Angriff auf diese Grundlagen, unter welchem das ganze Gebäude ins Wanken geriethe, dann wäre es Thorheit, wenn der erwachsene Mensch behaupten wollte, er habe seine verbrecherische That für erlaubt gehalten, und der missverstandene römische Satz error juris nocet würde verkörperte Weisheit.

Allein beide Voraussetzungen für die absolute Natur des verbrecherischen Unrechts treffen nicht zu: weder haben die Normen in der Geschichte sich als unveränder-

---

»Ferner die verbrecherische Handlung ist immer an sich (in thesi) schon ihrer Form nach gegen das Recht, die bloss widerrechtliche ist es unter den gegebenen Umständen (in hypothesi), könnte unter andern (oft sehr zweifelhafter Beurtheilung) auch rechtmässig sein«. Hälschner, System I. S. 3 »Ein absolutes Unrecht ist das Verbrechen darum, weil die Handlung an sich selbst, ihrem Inhalte nach dem Rechte, der Gerechtigkeit entgegengesetzt ist.« Uebrigens bildet dieser Gedanke bei vielen Juristen eine Reserve, die ins Feuer geführt wird, wenn ihre Hauptmacht momentan nicht ausreicht.

[96] S. Grolmann a. a. O.: »Dass das Gesetz keine Ausnahme kenne, dass es schlechterdings jede Handlung verdamme, welche ihm entgegenläuft, kann wohl nicht bezweifelt werden.« S. dagegen Feuerbach, Lehrbuch § 33.

lich bewährt, noch giebt es ausnahmlose Verbote und Gebote[97], noch ist endlich auch nur das Verhältniss von Regel und Ausnahme stabil geblieben.

Die Norm wider die Tödung wird von Jedermann zu den allerwichtigsten gestellt, sie ist eine von denen, welche sich im Lauf der Zeiten scheinbar unberührt erhalten haben, allein erlaubte sogar gebotene Tödungen hat es zu aller Zeit gegeben. Ja es giebt Perioden — ich brauche nur an den letzten Krieg zu erinnern —, wo ein Jahr mehr erlaubte Tödungen mit sich bringt als ein Decennium verbotene, wo sich also das Verhältniss von Regel und Ausnahme umkehrt.

Unter gewissen Voraussetzungen bedarf die Rechtsordnung also derselben Handlungen, oder sie gestattet sie wenigstens, die sie unter andern Voraussetzungen verbietet. Der strafende Staat kann gar nicht anders strafen, als indem er für den Privaten verbotene Angriffe auf Leben, Freiheit, Ehre, Vermögen und unter Umständen auf die Körperintegrität der Schuldigen vornimmt. Der Gesetzesunterthan darf in Notwehr oder Notstand oder bei der statthaften Pfändung oder im Falle des Justizstillstandes oder im Kriege Vieles, was er ausser diesen Zuständen nicht darf.

Die allgemeinen Gründe aufgehobener Rechtswidrigkeit wie Notwehr, Notstand, lassen alle Normen als Normen mit Ausnahmen erscheinen: es giebt aber auch ausserdem noch besondere Ausnahmen, die sich auf einzelne Normen beschränken; ich erinnere an die erlaubte Tödung des Ehebrechers und der Ehebrecherin nach römischem Rechte, an die Befugnisse der Sicherheitsbehörden, der Wildhüter, an die Pflichten der Unterbeamten, welche die körperliche Züchtigung, die Pfändung, die Hinrichtung vorzunehmen haben. Lassen sich so die allgemeinen Ausnahmen von den Normen den besonderen von einzelnen Normen gegenüberstellen, so unterscheiden sich diese Ausnahmen auch noch bezüglich der Art und Weise, wie sie die Norm ausser Kraft setzen: entweder nämlich erhalten

---

[97] Darüber treffend Oersted, N. A. des Criminalrechts V. S. 361. Vgl. Merkel, Abhandlungen I S. 35.

Einzelne eine Befugniss, oder aber eine Rechtspflicht, die von der Norm charakterisirte Handlung vorzunehmen. Wenn nun die Ausnahme aus dem Handlungsbegriff der Norm eine Gruppe von Handlungen aussondert, indem sie die Merkmale dieser Gruppe erlaubter Handlungen aufstellt, verringert sie das Geltungsgebiet der Norm und verwandelt diese aus einer unbedingten (Ihr sollt nicht tödten!) in eine bedingte (Ihr sollt nicht töden, wenn nicht diese oder jene Umstände vorliegen, die Euch berechtigen oder verpflichten zu töden!). Die unbedingte Norm reicht nämlich nicht mehr aus, um die verbotene Handlung als solche zu kennzeichnen: neben die verbotene Tödung eines Nebenmenschen ist die erlaubte getreten. Die Tödung »an sich« ist von dem Moment an weder erlaubt noch unerlaubt; sondern sofern sie unter die bedingte Norm fällt, ist sie verboten, sobald sie unter der Ausnahme steht, ist sie erlaubt[98].

Ob desshalb zum verbrecherischen Vorsatz das Bewusstsein ausreichen kann, dass der Thäter eine Handlung begeht, die unter dem Handlungsbegriff der unbedingten Norm fällt, also ebensowohl von dem Verbote als von seiner Ausnahme umfasst sein kann, erscheint schon hier als sehr zweifelhaft[98a].

Wenn das deutsche Strafgesetzbuch seinen vierten Abschnitt § 51 mit den Worten eröffnet: »Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden«, wenn diese Worte in den §§ 52—54 wiederkehren, so bedeuten diese Satzungen keineswegs soviel, als die von ihnen charakterisirten Handlungen ständen unter Ausnahmen von den Normen. Vielmehr setzen sich diese Ne-

---

[98] Ueberhaupt sollte man den Sprachgebrauch vermeiden, etwas sei »an sich« unerlaubt. Nichts ist »an sich« erlaubt oder unerlaubt.

[98a] Die Lehre, dass die Norm eine Regel sei, die keine Ausnahmen kenne, ist für die richtige Begriffsbestimmung des dolus folgenschwer. Köstlins Dolusbegriff würde bedeutend modifizirt worden sein, hätte er die Consequenzen aus seinem eignen Satze (Revision S. 663; vgl. überhaupt das. S. 663—668 und damit übereinstimmend System § 15 S. 7 ff.) gezogen: »Daraus folgt, dass eine Handlung, welche vom Gesetze gestattet ist, kein Verbrechen sein kann, sollte sie auch abgesehen davon die Natur des Verbrechens zu haben scheinen.«

gationen der strafbaren Handlungen zusammen aus Thaten, die keine Handlungen sind (§ 51), aus rechtmässigen Handlungen (Notwehr § 53), aus den Notstandsverletzungen (§ 52 und 54), bezüglich deren das deutsche Strafgesetzbuch nicht entschieden hat ob sie rechtmässig oder aber unerlaubt jedoch straflos seien.

Dieselbe Veränderung in der Aussenwelt bewirkt von einem handlungsfähigen Menschen ist bald erlaubt, bald verboten aber nicht strafbar, bald Verbrechen, also verboten und strafbar.

Zweiter Abschnitt.

Das formelle Verhältniss der Normen zu den Strafgesetzen.

§ 9. I. Die Norm und das Verbrechen.

So lange eine Handlung nicht verboten ist kann sie nicht rechtswidrig sein [99]. Mit den Interessen des Rechtslebens mag sie längst schon im Widerspruch stehen, ja die Unverträglichkeit Beider kann schon von Generationen erkannt und schwer empfunden sein: ihrer ungehinderten Entfaltung setzt erst die Rechtssatzung »diese Handlung hat zu unterbleiben!« ein Ziel. Es gilt die Begriffe Rechtswidrigkeit einer Handlung und Unverträglichkeit einer zur Zeit unverbotenen Handlung mit den Interessen eines geordneten Rechtslebens scharf aus einander zu halten. Es ist ein bestimmter Satz des positiven Rechtes, dessen Verbot die Handlung zu einer rechtswidrigen macht, während sie vor der Norm eine erlaubte war. Mehr aber thut auch die Norm nicht als dass sie verbietet. Mit dem Verbot

---

[99] »Wo kein Gesetz, da ist auch keine Uebertretung« bei Graff u. Dietherr, deutsche Rechtssprüchwörter S. 286 n. 7. — Gehört das Verbot nicht dem Gesetzesrecht an, so kann seine Entstehungszeit wie die des sog. Gewohnheitsrechtes überhaupt sehr schwer erkennbar und feststellbar sein.

ist noch keineswegs gesagt, dass der Uebertreter desselben mit Strafe zu belegen sei oder daraus civilrechtlich verantwortlich werde: ich werde etwas später Verbote nachweisen, deren selbst vorsätzliche Verletzung, wenn nicht gewisse Erschwerungen zu ihr hinzukommen, weder mit civilen noch mit criminellen Rechtsfolgen ausgestattet ist.

Nichts destoweniger kehrt immer und immer wieder die Behauptung das Strafgesetz schaffe das Verbrechen nicht sondern anerkenne nur dessen schon vorher feststehende Natur ausdrücklich[100]. Die Thätigkeit des Strafgesetzgebers wäre also nicht Produktion sondern Reproduktion. Diese Behauptung wäre nur dann richtig, wenn wir das Wort Verbrechen wie die Römer ihr delictum im weiteren Sinne zur Bezeichnung jedes widerrechtlichen Verhaltens gebrauchen wollten: nicht aber, wenn es beschränkt wird auf die strafbare Rechtsverletzung. Rechts- d. h. normwidrig muss die durch das Gesetz verpönte Handlung schon vor dessen Erlass sein, das Verbot geht begrifflich der Bedräuung seiner Uebelthäter voraus; strafbar ist die That nach unsrer heutigen Rechtsauffassung vor diesem Gesetz nicht. Die Wahrheit also besteht darin, dass eine dem positiven Rechte widersprechende Handlung von dem Strafgesetz zum Verbrechen erklärt wird. Der Strafgesetzgeber erzeugt also das Verbrechen[101].

Die Berechtigung dazu entnimmt der Gesetzgeber allerdings der Natur der verbotenen Handlung[102] nicht in dem Sinne aber als gäbe es rechtswidrige Handlungen, denen die Strafbarkeit angeboren wäre. Vielmehr insofern als der Gesetzgeber sich gegenüber einer Anzahl verbotener Handlungen sagen muss, wenn ich überhaupt von Rechtswegen gegen sie

---

[100] Ich verweise hier Beispiels halben auf Hälschner I S. 36: »Ist nemlich das Verbrechen seinem Wesen nach eine rechtswidrige Handlung, welche durch das Gesetz nicht erst zur verbrecherischen gemacht sondern nur positiv als solche anerkannt wird. . .«

[101] Vgl. hiezu die an dieser Stelle richtigen Bemerkungen Ludens, Abhandlungen II. S. 127. 128.

[102] S. darüber den dritten Abschnitt, insbes. § 29.

reagiren will, so ist diess nur durch Strafe möglich, oder aber, wenn ich mich mit der Reaction des Civilrechts nicht begnügen will, so bleibt mir nur noch das Mittel der Bestrafung. Ob er überhaupt gegen den Verletzer des Verbotes reagiren solle, ist Sache seiner freien Entscheidung. Kurz: die Norm schafft die rechtswidrige, das Strafgesetz die verbrecherische Handlung[103]. Notwendige Voraussetzung des Strafgesetzes ist ein ihm vorauf gehendes Verbot der verpönten Handlung, welches dem Strafrecht in keiner Weise angehört[104], und dieses Verbot kann keineswegs dadurch ersetzt, die Strafdrohung keineswegs dadurch gerechtfertigt werden, dass die Handlung zwar erlaubt aber für das Rechtsleben höchst empfindlich ist.

II. Der formelle Gegensatz der Normen und der Strafgesetze in der Gegenwart.

§ 10. A. *Umgekehrte Erscheinungen im Dekalog und in der römischen Gesetzgebung.*

Die Normen und die Rechtssätze, welche den Uebertretern Strafe drohen, stehen heutzutage in einem scharfen Gegensatze was ihre Erscheinungsform anlangt. Wenn auch bis vor Kurzem noch kleine deutsche Territorien vorhanden waren, wo das frühere gemeine Strafrecht und mit ihm Strafrechtssätze, die der gesetzlichen Form ermangelten, in Geltung standen, so

---

[103] Die Frage, wie weit die Bestrafung einer Normwidrigkeit auch ohne Strafgesetz gerechtfertigt sei, bleibe dem dritten Abschnitt vorbehalten. Die im Text gegebene Formulirung passt nur auf diejenigen Rechtssysteme, welche wie die der Gegenwart zur Strafbarkeit einer Handlung eine positivrechtliche ausdrückliche Strafdrohung verlangen. — Ich bemerke hier einstweilen nur, dass auch nach diesen Systemen der Delinquent durch den Mangel des Strafgesetzes keineswegs einen Rechtsanspruch erhält ungestraft zu bleiben. Vgl. einstweilen, was Heinze Gerichtssaal XIII S. 423 ff. ausführt.

[104] Heinze a. a. O. XIII S. 404. 426 (Hier spricht H. treffend von der »sekundären Natur« auch des materiellen Strafrechts); vgl. dess. Staatsrechtl. und strafrechtliche Erörterungen S. 9 ff. u. meinen »Antagonismus« S. 17.

erklärt das gemeine deutsche Strafgesetzbuch § 2, dass eine Bestrafung nur in Folge einer vor Begehung der Handlung bestehenden gesetzlichen Strafdrohung eintreten dürfe und damit ist die gesetzliche Form der Strafsanktionen als gemeinrechtliches Erforderniss derselben aufgestellt.[104a] Klar und ausdrücklich in einer allgemein verständlichen Form treten diese Verpflichtungen des Gemeinwesens vor aller Welt Augen.

Diejenigen Satzungen aber, welche den einzelnen Menschen sagen, was sie zu thun, was sie zu lassen haben, wo sollen wir sie suchen? Dass sie existiren, beweisen ja grade die Strafgesetze, deren Voraussetzung sie bilden: allein der gesetzlichen Form entbehren die Normen in den meisten und grade in den wichtigsten Fällen.

Diess Verhältniss der formellen Vernachlässigung der Normen und der sorgfältigen Ausprägung der Strafgesetze ist im Laufe der Geschichte — zwei interessante Beispiele mögen diess veranschaulichen — keineswegs immer das Gleiche gewesen.

Das grade umgekehrte Extrem bildet das erhabenste Stück der jüdischen bürgerlichen Gesetzgebung, die zehn Gebote[105]. »Sie haben in ihrer Fassung die ächte Einkleidung von Reichsgesetzen, indem jedes mit »Du sollst« anhebt«[106]. In gewaltigen Zügen predigen sie scharf und deutlich ihrem Volke die Rechts-

---

104a In welchem Sinne das »gesetzlich« in § 2 zu nehmen sei s. im folgenden § 11.

105 Vgl. darüber den trefflichen Abschnitt in H. Ewald, Geschichte des Volkes Israel (dritte Ausg. 1865) II S. 224—239. Ferner die einschlägigen Stellen von Michaelis, Mosaisches Recht 6 Bde. (2. Aufl.).

106 So Ewald a. a. O. S. 225; vgl. dens. S. 231: »Und um hier das Bild dieses kleinsten aber ältesten und wichtigsten aller Gesetzeswerke zu geben, so lautete das Zweitafelgesetz unstreitig so:

1.

Ich bin Jahve dein Gott, der ich dich aus Egypten befreiete aus Sklavenhause:

1. Du sollst keinen andern Gott haben vor mir.
2. Du sollst dir kein Steinbild machen.
3. Du sollst den Namen Jahves deines Gottes nicht eitel aussprechen.
4. Du sollst des Sabbattages gedenken, ihn zu heiligen.
5. Ehren sollst du deinen Vater und deine Mutter.

pflicht gegen Gott, gegen die Eltern, gegen Menschenleben, gegen die Eheordnung, gegen Eigenthum, gegen den Nächsten. Nichts wäre irriger als sie für Sittengebote zu halten. Es ist keine geringere als die Todesstrafe (und zwar regelmässig die übliche Steinigung), welche diejenigen trifft, die Abgötterei oder Bilderdienst treiben[107], die Jahves Namen sündlich aussprechen[108], die den Sabbath schänden[109], die Vater oder Mutter fluchen oder schlagen[110], die morden[111], die ehebrechen[112]. Die Talion trifft den falschen Zeugen[113], Tod den Menschendieb[114], während der Diebstahl an Sachen zwei- bis fünffach gebüsst werden muss[115].

Dieselbe Gesetzurkunde aber, welche sich so eindringlich mit ihren Geboten an das Volk wendet, schweigt über die Bestrafung der Gesetzübertreter, während unsere Gesetze da reden, wo jene schweigt und stumm sind, wo der Dekalog glaubt sich vernehmlich machen zu sollen. Das Zehngebot enthält zehn Normen und kein Strafgesetz[116]; in unserer Gesetzgebung

---

2.

1. Du sollst nicht morden.
2. Du sollst nicht ehebrechen.
3. Du sollst nicht stehlen.
4. Du sollst über deinen Nächsten kein unwahres Zeugniss aussagen.
5. Du sollst das Haus deines Nächsten nicht begehren . .— «

Zu der letzten Satzung bemerkt mir ein bewährter Kenner des alten Testaments, dass das hebräische Wort, welches mit begehren übersetzt ist, vielmehr bedeute: Auf scheinbar gesetzlichem Wege etwas Unerlaubtes anstreben. Also etwa durch ungerechte Rechtsansprüche, durch Chikane.

[107] 5. Mos. 17, 2—5; 3. Mos. 24, 17. Vgl. Michaelis V, 87. — 2. Mos. 32, 25—28. Vgl. Michaelis V, 80 ff.

[108] 3. Mos. 24, 10—16. Michaelis V, 126. 127.

[109] 4. Mos. 15, 32—36. Michaelis V, 116.

[110] 2. Mos. 21, 15 u. 17. Michaelis VI, 73 ff.

[111] Michaelis VI, 11 ff.

[112] 3. Mos. 20, 10. Michaelis V, 175.

[113] 5. Mos. 19, 16—21. Michaelis VI, 72. 73.

[114] 2. Mos. 21, 16. 5. Mos. 24, 7. Michaelis VI, 61 ff.

[115] 2. Mos. 22, 1—5. Michaelis VI, 48 ff.

[116] Dazu Ewald a. a. O. II. 225. . . »so zeigen sie vollkommen jene scharfe deutliche Kürze, welche jedes Gesetz zum Besten der Richter wie der zu richtenden haben sollte.«

ist alles Strafgesetz und die Normen fehlen. Wie sind die schroffen Gegensätze zu erklären?

Die zehn Gebote lassen die Strafen sicher nicht, wie Ewald[117] meint, unberücksichtigt, weil es ihnen mehr wie rein religiösen Gesetzen nur um ihren ewig wahren Inhalt und nicht wie bürgerlichen Gesetzen um wechselnde Strafen zu thun ist[118]. Vielmehr verlangt das ursprüngliche von ungebändigter Leidenschaft noch bewegte Volk seine Pflichten klar vor Augen zu sehen: je trüber sie auftreten desto weniger werden sie befolgt. In derselben Zeit wird das Strafensystem ein dürftig entwickeltes sein. Der Jude wusste, dass der Verletzer des Gesetzes getödet würde: was brauchte man es ihm zu sagen? Als im altgermanischen Strafrechte die Friedlosigkeit die einzige Folge aller Verbrechen war — und eine solche Zeit hat es gegeben[119] — welchem Gesetzgeber hätte es einfallen können, diese Folge bei jedem Verbote für den Gesetzübertreter zu erwähnen?

Aber im Laufe der Geschichte dreht sich die Bedürfnissfrage geradezu um. In der Entwicklung des Strafrechts sind die Normen das stabile Element; allerdings auch unter ihnen sind Manche vergangen, haben Manche gewechselt, andere aber sind als die immer gleichen Gebote bei allen Völkern unverändert durch die Jahrtausende gegangen und die Mensch-

---

117 S. 226.

118 Dazu Ewald das.: »Sie lassen sich daher am nächsten mit den zehn höchsten Gesetzen der Buddhisten vergleichen, die in eben solcher kurzen Fassung alles notwendigste zu begreifen suchen.«

119 Charakteristisch genug bedeutet das gothische Wort für verurtheilen gavargjan nichts anders als friedloslegen, eigentlich für einen Wolf erklären. Wo immer ursprünglich die Verurtheilung eintrat — und nur das Deliktsverfahren der ältesten Zeit kennt ja ein Urtheil: Sohm, Prozess der Lex Salica S. 121 ff. — lautete diess auf Friedlosigkeit. Hoffentlich finde ich Gelegenheit einmal auf die altgermanische Friedlosigkeit und die Rache als Rechtsinstitut und ihre enorme Bedeutung für die Entwicklung des Strafrechts, die auch Wilda in seinem klassischen Strafrecht der Germanen 1844. S. 146 ff. noch nicht völlig klar gelegt hat, zurück zu kommen und dabei die näheren Belege für die Behauptung des Textes zu erbringen.

heit hat Zeit genug gehabt sie zu lernen. Es ist — im Grossen und Ganzen sei es gesagt — kaum mehr nötig, sie immer zu wiederholen. In ungleich höherem Maasse aber hat sich in der Geschichte der Wechsel der Strafgesetzgebung bemächtigt: die Strafensysteme wurden reicher und reicher, — man denke an die Strafen- und Bussensysteme unsrer Volksrechte! —, eines verdrängte das andere, früher straflose Handlungen traten unter Strafe, früher strafwürdige wurden für straflos erklärt. Jede Zeit hat das Bedürfniss das auf diesem Gebiete für sie geltende zu fixiren und die Strafgesetzgebung drängt mächtig in den Vordergrund, bis sie die Normen zum grossen Theil in das Reich des Unsichtbaren wenn auch nicht des Ungreifbaren verwiesen hat.

Eine interessante Zwischenstufe zwischen den eintheiligen Geboten des Dekalogs und den zweitheiligen Strafgesetzen der Gegenwart bilden die Gesetze des älteren römischen Rechtes [120], sofern sich in ihnen vielfach die Norm gemeinsam mit dem Strafgesetz für ihre Uebertreter formulirt findet. Sie weisen klar und vollständig die drei Theile der beiden Akte auf, die nötig sind um eine Handlung zu einer verbrecherischen zu stempeln: das Verbot und die immer zweitheilige Strafdrohung für die es Missachtenden: die lex und die sanctio legis.

Jedem, der sich auch nur etwas mit der ältern römischen Gesetzgebung beschäftigt, fällt deren imperativische Sprachweise auf; der Gesetzgeber und derjenige, für dessen Handlungen das Gesetz die Norm abgeben soll, stehen in der allerdirektesten Beziehung und das Gesetz ist so sehr Befehlshaber, dass selbst die Berechtigungen, welche es ertheilt, die Form des Befehls an die Berechtigten annehmen [121].

---

[120] Ich erlaube mir diesen Ausdruck hier in einer weiteren als der engen Beschränkung des römischen Staatsrechts auch für das ausdrücklich formulirte Amtsrecht der Magistrate mit zu gebrauchen.

[121] Perpetuus est et sine exceptione — sagt Schoell, legis XII tabul. reliquiae S. 70. — per legis praecepta sibi constans imperativi usus, vel in eis quae permittentis magis quam imperantis sunt cf. I. 3 »si nolet arceram ne sternito«. III. 4. »si volet, plus dato.« — Man vgl. dazu von den Zwölftafelfragmenten I. 1: »Si in ius vocat, ito.; ni it, antestamino: igitur em capito«. — 4. »Adsiduo vindex adsiduus esto; proletario iam civi quis volet, vindex esto« bei Schoell a. a. O. S. 115. 116.

Wenn ich unten eine Reihe von römischen Normen und Strafgesetzen ohne weiteren Commentar zusammenstelle, deren ein Theil der römischen Rechtsgeschichte angehört, während ein andrer Theil durch seine Aufnahme in die Justinianeischen Rechtsbücher Bestandtheil des früheren gemeinen Rechtes geworden ist, so mag dieses Mancher als unnütz tadeln: denn ich biete den Kennern nichts Neues. Aber eine Reihe meiner Behauptungen bedarf noch des quellenmässigen Beweises und so mögen meine Beispiele zunächst zeigen, wie der Wortlaut der Verbote ein ganz allgemeiner, alle Contraventionen dagegen umfassender ist, obschon die sanctio legis regelmässig nur der dolosen Uebertretung gilt; wie die Absicht des Verbotes ganz ersichtlich in der Fernhaltung von schädlichen Ereignissen für die Rechtswelt besteht, so dass das Verbot häufig nicht lautet: Ihr sollt diess oder jenes nicht thun! sondern: dieses oder jenes soll nicht geschehen; wie die Normen bald den Interessen des jus publicum, bald denen des privatum dienen; wie es kein anderer Rechtssatz als grade diese Norm ist, welchen die Römer die strafbare Handlung ausdrücklich widerstreiten lassen; wie endlich das Strafgesetz allein ohne vorausgegangenes positiv-rechtliches Verbot halt- und sinnlos zwischen Himmel und Erde hängt. Einige Fälle, wo der zweite die Uebertretung eines Verbotes berücksichtigende Rechtssatz kein Strafgesetz ist, mögen zeigen, wie die Uebertretung der Norm auch noch zu andern Zwecken als zur Strafdrohung benutzt wird.

Wäre das Zwölftafelgesetz (452—450) nicht nur in den winzigsten Ueberresten erhalten, die Ausbeute aus ihm würde zweifellos sehr gross sein[122]. So kann ich nur anführen VII. 7: »Viam muniunto. ni sam delapidassint, qua volet iumenta agito«. In VIII. 2, 3 und 4 (membrum ruptum, os fractum und iniuria) sind die Normen jedenfalls nicht erhalten; wohl aber ist sie noch erkenntlich aus VIII. 27[123] und erhalten in

---

[122] Ich citire nach Schoell, Legis XII tabularum reliquiae. Lipsiae MDCCCLXVI.

[123] Porcius Latro personatus declam. in Catil. 19. »Primum duodecim tabulis cautum esse cognoscimus, nequis in urbe coetus nocturnos agitaret.« S. Schoell S. 151.

X. 1: »Hominem mortuum in urbe ne sepelito neve urito«, und in X. 2: »Hoc plus ne facito: rogum ascea non polito.« X. 3: »Mulieres genas ne radunto neve lessum funeris ergo habento«. X. 5: »Homini mortuo ne ossa legito, quo post funus faciat«. X. 8. 9: »Neve aurum addito. Cui auro dentes iuncti escunt, ast in cum illo sepelie̊t uretque, se fraude esto«. — Sehr interessant ist das S. C. de Bacchanalibus (568 d. Stadt)[124] mit seiner ganzen Reihe von Verboten: Neiquis eorum (scil. foederatorum) *B*acanal habuisse velet . . . . Bacas vir nequis adiese velet ceivis Romanus . . . . . Sacerdos nequis vir eset. Magister neque vir neque mulier quisquam eset. §. Neve pecuniam quisquam eorum comoine*m h*abuise ve*l*et neve magistratum etc. . . . . §. Neve post hac inter sed coniura*se neve* comvovise neve conspondise neve conpromesise velet etc. Auf diese Alle bezieht sich der Satz gegen den Schluss hin (Zeile 23—26): senatuosque sententiam utei scientes esetis § — eorum sententia ita fuit: sei ques esent, quei arvorsum ead fecisent, quam suprad scriptum est, eeis rem caputalem faciendam censuere. Vgl. Lex incerta reperta Bantiae[125] (zw. 621—636 der Stadt) Zeile 7—9; Zeile 17—20. *Eis consistundo pro ae*de Castorus palam luci in forum vorsus et eidem in diebus V apud q(uaestorem) iouranto per Jovem deosque *Penateis sese quae ex hace lege oport*ebit facturum, neque sese advorsum h(ance) l(egem) facturum scientem d(olo) m(alo) . . . . . *Que*i ex h(ace) l(ege) non iourauerit, is magistratum inperiumve nei petito neive gerito neive habeto neive in senatu *sententiam deicito deicerere eum* ni quis sinito neive eum censor in senatum legito. Ebenso gehören die Normen auf der oskischen Seite der Bantinischen Tafel dem Verfassungsrechte an und die Sanktionen beginnen mit den Worten: Si quis contra hoc fecerit oder Si quis autem in censum non venerit dolo malo . . . . Vgl. Kirchhoff, Stadtrecht von Bantia (Berlin 1853) S. 33. 34. 92 und die Uebersetzung S. 79. 90. § 2—6. Lange, die oskische Inschrift des Tabula Bantina (Gött. 1853) S. 87. 88. — Vgl. ferner die Lex repetundarum zw. 621—636 d. St.[126] mit ihren zahlreichen Imperativen an Parteien und Gerichtspersonen (beachte insbes. XXX. S. 60. — Obschon kein Gesetz, so mag hier auch auf die Sententia Q. M. Minuciorum inter Genuates et Viturios

---

[124] Im Corp. Inscript. Latin. ed. Mommsen I. S. 43 als Epistula consulum ad Teuranos de Bacchanalibus bezeichnet.

[125] Corp. Inscr. I S. 45.

[126] Corp. Inscr. I S. 58 ff.

637 d. St.[127] Z. 33—36 verwiesen sein). Lex agraria v. J. 643[128] c. 25 (S. 80 unten): .... neive is ager compascuos esto neive quis in eo agro agrum oqupatum habeto neive defendito, quo mi*nus quei* velit compascere liceat. Seiquis faxsit, quotiens faxit, in agri iugra singula L *sestertios nummos* ..... *dar*e debeto ei, queiquomque id publicum fruendum redemptum comductumve habebit. Vgl. c. 30 (S. 81) und c. 72 (S. 84). Lex Antonia de Termessibus c. 683 d. Stadt[129]: I Z. 5—11 (Berechtigungen im Imperativ ertheilt). II Z. 6—17. Lex Rubria c. 705 d. St.[130] I Z. 50—52 II Z. 45—58; bes. aber die Lex Julia municipalis[131] 709 d. St. mit ihren interessanten prokuratorischen Klagen zu Gunsten des populus: mit ihren zahlreichen im Wesentlichen übereinstimmenden Beispielen: Z. 17—19; (vgl. Z. 40—43; Z. 56 ff.; 68 ff): Queiquomque frumentum populo da*bit* dandumve curabit, neiqu *oi* eorum, quorum nomina h(ac) l(ege) ad co(n)s(ulem) pr(aetorem) tr(ibunum) pl(ebis) intabula inalbo proposita erunt, frumentum dato neve dare iubeto neve sinito. Quei ad versus ea eorum qu*oi* frumentum dederit, is in tr(itici) m(odios) I HS IↃↃↃ populo dare damnas esto eiusque pecuniae quei volet petitio esto. Ferner Z. 89—97; 98—107; 108—125; 135—140: deren Schlusssanktionen wesentlich übereinstimmend, dahin lauten: Quei ad versus ea fecerit, is HS IↃↃↃ p(opulo) d(are) d(amnas) e(sto) eiusque pecuniae quei volet petitio esto. Uebrigens kommen hier auch Beispiele scheinbar lediglich wider dolose Handlungen gerichteter Verbote vor: z. B. Z. 127—129: neiquis, quei ineo municipio colonia praefectura foro conciliabulo senatum decuriones conscriptos habebit, eum insenatum decuriones conscriptos ire iubeto sc(iens) d(olo) m(alo), neve eum ibei sententiam rogato neive dicere neive ferre iubeto sc(iens) d(olo) malo. Aehnlich Zeile 40. 41. 76 (3). 107. 132. 133. 134. 155.

Ich füge noch folgende Belege aus den Justinianeischen Rechtsbüchern bei: l. 44 pr. D. 23, 2 De ritu nuptiarum. Lege Julia cavetur: Qui senator est .... ne quis eorum sponsam uxoremve sciens dolo malo habeto libertinam .....; l. 12 D. 48, 5 Ad leg. Jul. de adulteriis. Haec verba legis: Ne quis posthac stuprum adulterium facito sciens dolo malo; l. 15 § 1

---

[127] Corp. Inscr. I S. 72.
[128] Corp. Inscr. I S. 79—86.
[129] Das. S. 114.
[130] Das. S. 115. 116.
[131] Das. S. 120—122.

eod.. Legis Juliae de adulteriis capite septimo ita cavetur: ne quis inter reos referat eum, qui tum sine detrectatione reipublicae causa aberit; l. 23 § 4 eod. Quod ait lex: »in continenti filiam occidat . . . .« In l. 4 § 2 D. 48, 8 ad leg. Cornel. de sicariis schliesst Hadrian sein Edikt mit den Worten: nemo enim liberum servumve invitum sinentemve castrare debet neve quis se sponte castrandum praebere debet. at si quis adversus edictum meum fecerit, medico quidem, qui exciderit, capitale erit, item ipsi qui se sponte excidendum praebuit; l. 11 D. 24, 2 De divortiis et repudiis. Quod ait lex: Divortii faciendi potestas libertae, quae nupta est patrono, ne esto. Vgl. § 1 J. 4, 2 De vi bonor. raptor. . . . . melius divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat, vi rapere rem mobilem . . . .; sed si quis contra statuta fecerit etc.; ferner l. 1 § 9 D. 48, 10 De lege Cornelia de falsis . . . Divi quoque Severus et Antoninus constituerunt, ut tutores et curatores . . . . cum fisco contrahere non possint, ac si quis adversus hanc legem profectus aerario obrepserit ut perinde puniatur, ac si falsum commisisset. Fragmente aus dem Edikt: l. 4 § 1 D. 2, 4 De in ius vocando. Praetor ait: Parentem patronum . . . . in ius sine permissu meo ne quis vocet. Und höchst charakteristisch fügt Paulus in l. 11 eod. hinzu: Quamvis non adjiciat Praetor, causa cognita se poenale judicium daturum, tamen Labeo ait moderandam iurisdictionem; vgl. über den Betrag der Pönalklage l. 12 und l. 24 eod. Ferner l. 1 § 1 D. 2, 2 Quod quisque iuris; l. 4 pr. D. 2, 13 De edendo; l. 5 § 6. D. 9, 3 De his qui effuderunt. Praetor ait: Ne quis in suggrunda protectove supra eum locum, quo vulgo iter fiet inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. Qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum iudicium dabo. Vgl. l. 1 § 1 D. 21, 1 De aedilicio edicto; l. 38 pr. und § 5 eod. l. 1 pr. D. 43, 6 Ne quid in loco sacro fiat. Ait praetor: In loco sacro facere inve eum immittere quid veto. Aehnlich l. 2 D. 43, 8 Ne quid in loco publico, l. 1 pr. D. 43, 12 De fluminibus, l. 1 pr. D. 43, 13 Ne quid in flumine publico. Ferner l. 15 § 25 D. 47, 10 De injuriis. Ait praetor: Ne quid infamandi causa fiat; si quis adversus ea fecerit prout quaeque res erit animadvertam.

S. ferner l. 1 C. 1, 21 Ut lite pend; l. 6 C. 1, 23 De divers. rescr.; l. 3 C. 1, 46 De offic. militar. iudicum; l. 1 pr. C. 1, 49 Ut omnes iudices; l. 2 C. 1, 51 De assessor; l. 6 eod.; l. un. C. 1, 53 De contract. iudicum; l. 1 C. 1, 55 De defensor. civitatum; l. 1 C. 4, 40 Quae res venire non possunt (vgl. l. 2—4 eod.); l. 1 und 2 C. 4, 41 Quae res exportari non debeant; l. 2 C, 4, 42 De eunuchis; l. 5 C. 4, 55 Si servus

exportandus veneat; l. 17 C. 5, 4 De nuptiis; l. 18 eod.; l. 29 eod. (unglossirt); l. 2 C. 5, 5 De incestis. Diocl. et Max. (295) Neminem, qui sub ditione sit Romani nominis, binas uxores habere posse, vulgo patet, quum et in edicto praetoris huiusmodi viri infamia notati sunt. Quam rem competens iudex inultam esse non patietur; vgl. l. 4, l. 5, l. 9 eod. — T. C. 5, 6 De interdicto matrimonio inter pupillam et tutorem etc. T. C. 5, 26 De concubinis; l. 22 § 1 C. 5, 37; l. 2 C. 8, 10 de aedificiis priv.; l. 53 C. 10, 31; de decurion. l. 1 C. 10, 33 de praedis curialium; l. 15 C. de excusat. munerum 10, 47: Evidenter atque absolute iubemus . . . . Quisquis igitur iudicum contra fecerit . . .; vgl. auch den Schluss der ungloss. l. un. C. 10, 55 Quibus muneribus excusantur; l. 1 C. 10, 73 De his quae ex publ. collatione; l. un. C. 11, 11 Nulli licere in frenis; l. 6 pr. C. 11, 42 De aquaeductu; l. un. C. 11, 44 De venatione ferarum; l. un. C. 11, 55 Non licere habitatoribus; l. un. C. 11, 56 Ut nullus ex vicanis; l. 16 C. 11, 58 De omni agro deserto; l. 2 C. 11, 64 De collatione fundorum; l. 7 i. f. C. 11, 65 De fundis rei privatae; l. 6 C. 11, 69 De diversis praed. urb.; l. 1 C. 11, 71 De conductor.; l. 1 C. 12, 29 De privilegiis eor. (ita ut qui haec contemserit . . poenas debitas exigatur); l. 4 i. f. eod.: Si quis autem temeraria usurpatione statuta violare tentaverit, sacrilegii poenam sustineat; l. 15 C. 12, 36 De re militari; l. 2 C. 12, 39 De excoctione; l. 12 C. 12, 41 vgl. De metatis (ungloss.); l. 1 C. 12, 43 De commeatu: Ne cui liceat . . . . . Si quis vero contra hanc legem facere ausus fuerit . . . . capite vindicetur; l. 1, 6, 9, 13, 20, 23 C. 12, 51 De cursu publ.; l. 1 C. 12, 58 De cohortalibus.

Sprechende Analogien zu den Imperativen der Gesetze bieten die Testamente s. Ihering, Geist des römischen Rechts (2. Aufl.) I. S. 146. 147; und ferner die leges der Contrakte. Eine hübsche lex locationis in l. 29 D. 19, 2 Locati conducti; vgl. l. 15 D. de publicanis 39, 4.

Was der Dekalog mit der römischen Gesetzgebung gemein hat ist die Klarheit darüber, was verboten werden soll, und diese Klarheit ist der Legislation der Gegenwart grade so not wie der vergangener Zeiten. Ein technisch treffliches Straf-Gesetzbuch wird unmöglich gelingen, wenn sich nicht zuvor der Gesetzgeber seine Normen scharf formulirt hat, und das deutsche Strafgesetz zeugt an vielen Stellen deutlich genug davon, dass diess nicht geschehen ist. Die neuere Gesetzgebung

stellt Normen meist grade da auf, wo sie sich mit den Verletzungen derselben nicht weiter zu beschäftigen denkt, in den Verfassungsgesetzen, in den Prozessordnungen, Civilgesetzbüchern, Handelsgesetzbüchern (so ist das deutsche Handelsgesetzbuch reich an Normen, von denen einige allerdings durch Androhung von Ordnungsstrafen geschützt werden), Gewerbeordnungen u. s. w.[132]; die schwerwiegendsten Verbote, wie das zu töden, zu ehebrechen, zu notzüchtigen und wie viele andere! werden überhaupt nicht ausgesprochen. Die Norm sammt der Strafdrohung für ihre Uebertretung findet nicht einmal in den Polizeistrafgesetzbüchern sondern höchstens in der Polizeiverordnung, in Spezialgesetzen und ausserdem da ihre Stelle, wo wie in den Kriegsartikeln für das preussische Heer eine Tendenz der Belehrung und nicht einmal strenger Rechtsbelehrung sich mit der Strafdrohung verbindet[133].

§ 11. B. *Die Normen des ungesetzten Rechts.*

Wenn ich bis hieher mit dem Hinweis darauf ausreichte, dass unsre Gesetzgebung die Normen auf Kosten der Strafgesetze vernachlässige, so tritt jetzt in scheinbar abstracter Gewandung eine Frage von grosser praktischer Tragweite an uns heran: gesetzt den regelmässigen Fall, dass die Norm eine ausdrückliche Formulirung durch ein Gesetz im technischen

---

[132] Um einige Beispiele herauszugreifen: s. deutsche Reichsverfassung A. 3, Abs. 2; A. 31; A. 32 »Die Mitglieder des Reichstages dürfen als solche keine Besoldung oder Entschädigung beziehen«; A. 41, Abs. 2; A. 44; A. 46; A. 47; A. 57 »Jeder Deutsche ist wehrpflichtig und kann sich in Ausübung dieser Pflicht nicht vertreten lassen«; A. 64, Abs. 1. —

[133] Es formulirt die Pflicht A. 3 der Kriegsartikel, es bedroht ihre Verletzung A. 4; A. 5 sagt: »Dem Soldaten soll seine Fahne heilig sein. Er darf dieselbe nie verlassen, noch sonst dem Kriegsdienste eigenmächtig sich entziehen oder durch Selbstverstümmelung sich zur Erfüllung seines Berufes unwürdig und unfähig machen.« A. 6—10 enthalten die Strafdrohungen für die verschiedenen Verletzungen dieser Pflicht. Ebenso verhalten sich A. 11: 12 u. 13; A. 14: 15—17; A. 18: 19 u. 20; A. 21: 22; A. 23: 24—26; A. 27: 28; A. 30: 31—33: A. 34, 1: 34, 2—36; A. 37: 38—42; A. 43: 44—45. Die eingeschärften Pflichten sind aber keineswegs nur Rechtspflichten.

Sinne nicht gefunden hat, welcher Art von Recht gehört sie denn an? Etwa dem sog. Gewohnheitsrechte?

Um mir das Ja, welches nach der bisherigen Theorie von den Rechtsquellen verführerisch nahe liegt, nicht zu leicht zu machen nehme ich folgenden Ausgangspunkt. Die Verfassung des Norddeutschen Bundes A. 74 enthielt ein Strafgesetz: »Jedes Unternehmen gegen die Existenz, die Integrität, die Sicherheit oder die Verfassung des Norddeutschen Bundes . . . . . (wird) in den einzelnen Bundesstaaten beurtheilt und bestraft nach Maassgabe der in den letzteren bestehenden und künftig in Wirksamkeit tretenden Gesetze, nach welchen eine gleiche gegen den einzelnen Bundesstaat, seine Verfassung . . . . . begangene Handlung zu richten wäre«. Damit man einen Angriff auf den norddeutschen Bund strafen könne, muss er zuvörderst positivrechtlich verboten sein; ein solches Verbot ist in die Bundesverfassung nicht aufgenommen, und da nur der ausdrücklich in den verfassungsmässigen Formen erklärte Rechtswille des Staates Gesetz ist, so ist jenes Verbot eben nicht Gesetz. Alles ungesetzte Recht nun wird Gewohnheitsrecht genannt, und wenn es als ein Hauptverdienst Puchtas[134] anerkannt werden muss der Uebung als solcher die rechtsbildende Kraft abgesprochen und ihr nur die Bedeutung eines Vergrösserungsglases, durch welche man das bestehende Recht erkennen kann, beigelegt zu haben, so bleibt ihm die Gewohnheit doch Rechtsquelle, die Brille doch wesentlicher Bestandtheil des Gesehenen, und diess führt ihn zur Aufstellung einer dritten Rechtsquelle, der Wissenschaft, d. h. nach Brieglebs schlagendem Ausdruck zur Verwechselung der Hebamme mit der Wöchnerin[135].

---

[134] Vgl. insbes. Puchta, Gewohnheitsrecht I. S. 144. S. 165 ff. II S. 5 ff. S. auch Savigny System I. S. 34 ff. S. 35: »So ist also die Gewohnheit das Kennzeichen des positiven Rechts, nicht dessen Entstehungsgrund.« In gewissem Umfang freilich legt Savigny (vgl. besonders S. 35—37) der Uebung producirende Bedeutung bei.

[135] Zu derselben Consequenz nemlich der Anerkennung einer dritten Rechtsquelle müssen streng genommen auch diejenigen gedrängt werden, welche der Uebung dieselbe Bedeutung beilegen wie dem Wortlaut des

Nun wird Jeder sagen — und ich stimme ganz bei — in der Strafdrohung der Bundesverfassung für Angriffe gegen den Bund liegt das Verbot des Angriffs enthalten; wenn der Bund sagt, ich strafe Euch, wenn Ihr diess thut, so will er damit zugleich sagen, ich verbiete Euch das zu thun. Er sagt es aber nicht ausdrücklich, folglich nicht in gesetzlicher Form. Und doch muss dieser Satz ein Rechtssatz sein, ohne dass es irgendwie zur Uebung desselben gekommen zu sein braucht und ohne dass man sagen könnte, nicht der Bund, sondern die Rechtswissenschaft (des Bundes?) habe ihn aufgestellt: andernfalls würde ja die Bestrafung des Angriffs die Bestrafung einer erlaubten Handlung bedeuten.

Mir scheint dieses ungesetzte Recht, welches auch nicht einmal zu seiner Erkennbarkeit der Anwendung bedarf, durch die herrschende Lehre von den Rechtsquellen nicht erklärt werden zu können. Seit Jahren zu dieser in Gegensatz befindlich muss ich hier behufs der notwendigen Beantwortung der Frage zu welcher Art von Recht ungesetzte Normen gehören in aller Kürze meine eigene Ansicht aussprechen.

Die Kernfrage hinsichtlich der Entstehung des Rechtes ist die: welche Erfordernisse gehören dazu, damit ein Lebenskreis die Fähigkeit der Rechtserzeugung besitze? Was macht ihn zu einer Rechtsquelle d. h. zum Subjekt der Rechtserzeugung? Die Antwort darauf ist noch nicht gegeben und interessirt hier nicht an erster Stelle. Recht nun ist nicht die Rechtsüberzeugung der Rechtsquelle, auch wenn sie nicht zur Erklärung gekommen ist[136], sondern Recht ist nur der erklärte Rechtswille einer Rechtsquelle. Es giebt

---

Gesetzes, nemlich die des notwendigen Willenausdruckes. So z. B. Stahl, Rechts-Philosophie II. 1. S. 236 ff. (4. Aufl.), welcher Ueberzeugung und Uebung in dasselbe Verhältniss stellt wie Wille und That, und neuerdings Windscheid, Pandekten I. S. 39 ff. (3. Aufl.) (s. auch die das. S. 40 n. 2 Citirten). Beide aber nehmen nur zwei Rechtsquellen an, können dann aber, wie mir scheint, das durch Analogie gefundene Recht mit ihrer Theorie der Rechtsquellen nicht in Einklang bringen.

[136] So die unrichtige Ansicht Puchtas, Das Gewohnheitsrecht. S. z. B. II. S. 10. Ebenso Savigny, System I. S. 35.

ein noch nicht angewandtes, nicht aber ein nicht erklärtes Recht. Nun kennt das Recht durchweg zwei Arten der Willenserklärung: durch das bestimmungsgemässe Mittel des Willensausdrucks, die Sprache, und durch konkludente Handlungen. Diese Unterscheidung angewandt auf die Erklärung des Rechtswillens ergiebt theoretisch die Unterscheidung von gesetztem und ungesetztem Recht, eine Unterscheidung, die dann gleichmässig auf das Recht des Staates, der Kirche, der übrigen autonomischen Kreise Anwendung finden muss. Bei dem ungesetzten Recht hat die Willenserklärung stattgefunden durch konkludente Handlungen[137]. Stellt das Staatsrecht für das Gesetz noch weitere formelle Requisite ausser der ausdrücklichen Erklärung durch die Sprache auf, so verschiebt sich positivrechtlich die Grenzlinie um ein wenig zum Nachtheil des Gesetzes, ohne dass der Grundgedanke der Abscheidung dadurch alterirt würde[138].

---

[137] Da ein römischer Jurist stets mehr Glauben findet, so beziehe ich mich hier auf Julian in l. 32 § 1 D. 1, 3 de legibus, der diesen Grundgedanken schon vollständig richtig bezeichnet hat. Er sagt: . . . nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?

[138] Zu beachten ist, dass das deutsche Gesetzbuch § 2 keineswegs nur das ein Straf-»Gesetz« und nur die Strafe »gesetzlich bestimmt« nennt, was im Sinn der Reichsverfassung und der Verfassungen der deutschen Einzelstaaten Gesetz oder welche Strafe durch ein solches »Gesetz« bestimmt ist. Auch die auf Grund eines Gesetzes erlassene Polizeiverordnung, die Strafe droht, ist »Strafgesetz« im Sinne des deutschen Strafgesetzbuchs. Das Requisit der ausdrücklichen Formulirung wird man aber allen Strafgesetzen in dieser Bedeutung vindiciren müssen. Vgl. über die Bedeutung jenes »gesetzlich« Oppenhoff, d. Strafgesetzbuch zu § 2 n. 2; Schwarze, Commentar S. 53. Vgl. auch Jolly, Polizeistrafgesetzbuch fürBaden S. 1 ff. — In diesem Sinne ist die Gesetzlichkeit gemeinrechtliches Requisit der deutschen Strafsatzungen geworden. Die Strafsatzung muss nach § 2 1) bestimmt sein als diese, als welche sie Anwendung findet, also ihrer Qualität und ihrer Quantität nach; 2) und zwar gesetzlich bestimmt; 3) und zwar gesetzlich bestimmt als diese vor Begehung der strafbaren Handlung. — Dadurch tritt § 2 in einen schwer

Eine ganz hervorragend wichtige Art der Erklärung des Rechtswillens durch konkludente Handlungen ist die, dass durch ein Gesetz der Wille der Rechtsquelle in einem weiteren Umfang erklärt wird als er in das Gesetz selbst Aufnahme findet. Wenn wir, wie man sich ausdrückt, ein Gesetz analogisch anwenden, so ist der angewandte Rechtssatz nicht Gesetz, weil im Gesetzesrecht eben grade nicht formulirt, er ist ein Satz des ungesetzten Rechtes[139]. Wie aber sind wir befugt ihn ohne Weiteres als Rechtssatz zu betrachten und ihn sofort anzuwenden ohne auch nur danach zu fragen, ob schon weitere Anwendungen vorliegen? Lediglich desshalb weil die Rechtsquelle in dem Gesetz, obschon sie jenen Satz darin nicht formulirt, dennoch implicite erklärt hat, sie erkenne auch jenen Satz als Rechtssatz an. Einen zweiten Fall dieser Art durch ein Gesetz, aber nicht in einem Gesetz den Rechtswillen zu erklären, bildet der Fall, von dem wir oben ausgingen. Durch das Strafgesetz in der Bundesverfassung aber nicht in ihm erklärt der Bund Angriffe auf sich für verboten: die Norm wird hier nicht durch Analogie gefunden, sie gehört aber wie die sog. analogischen Rechtssätze dem ungesetzten Rechte an.

Die wichtige Folgerung für unsere Frage besteht darin: da die Norm nicht einen Bestandtheil des Strafgesetzes ausmacht selbst wenn sie hiedurch zum Rechtssatz erklärt worden ist, sondern neben ihm einen ganz selbständigen Rechtssatz

---

löslichen Conflikt mit Einf.-Gesetz § 6, wonach vom 1. Januar 1872 nur auf die im deutschen Strafgesetzbuch enthaltenen Strafarten erkannt werden darf. Treten in Folge dessen gewisse partikularrechtliche Strafarten wie etwa die des Arbeitshauses ausser Anwendung, so existirt für die damit ausgestatteten Delikte, die vor dem 1. Januar 1872 begangen worden und nach ihm zur Aburtheilung kommen, eine Strafe nicht, die die Erfordernisse des § 2 an sich trüge. Denn die Strafe, welche angewandt werden dürfte (nach E.-Ges. § 6) ist nicht diese Strafe, welche der Handlung vor ihrer Begehung gesetzlich bestimmt war, und die Strafe, die der Handlung gesetzlich bestimmt war, darf nicht angewandt werden.

[139] Wo wir durch die Analogie einen Rechtssatz entdecken, liegt eben eine Lücke des positiven Rechts nicht vor. Ich kann mich Merkels Ausführungen über die Analogie (bei Holzendorff II S. 76 ff.) in keiner Weise anschliessen.

bildet, so erhält sie nun ihre eigene Geschichte, ihre selbständigen Aufhebungs- und Abänderungs-Gründe und theilt keineswegs notwendig das Schicksal der Strafgesetze. Das Strafgesetz, durch welches sie erklärt worden ist, kann aufgehoben oder geändert werden und sie kann fortdauern unverändert und davon unberührt. Nur dann, wenn der Staat durch jene Aufhebung oder Aenderung des Strafgesetzes implicite auch sie für aufgehoben oder für geändert erklärt, ist jener Parallelismus des Schicksals Beider vorhanden. Und diess ist nicht die Regel. Der Staat, der ein neues Strafgesetzbuch erlässt, will dadurch an den meisten der geltenden Normen in keiner Weise rütteln: sehr denkbar, dass alle Strafdrohungen verändert werden, während alle Normen unverändert fortdauern!

§ 12. III. Gemeine und partikuläre Normen und Strafgesetze. Blankettstrafgesetze.

Seitdem des deutschen Reiches Verfassungsurkunde (A. 4 n. 13) dem Reiche »die gemeinsame Gesetzgebung[140] . . . über Strafrecht . . . und das gerichtliche Verfahren« zugewiesen hat, fährt das deutsche Strafrecht unter doppelter Flagge: der des Reichs und der der einzelnen Bundesstaaten[141]. Da die Bedrohung einer Handlung mit Strafe undenkbar ist ohne ein vorauf-gehendes Verbot dieser Handlung, so erkennt die deutsche Verfassung ein Recht sowohl des Reiches als auch der einzelnen Bundesstaaten zur Aufstellung sowohl von Normen als auch von Strafgesetzen an. Die derogatorische Kraft des gemeinen deutschen gegenüber dem partikularen Rechte muss den gemei-

---

[140] Vgl. über diesen Ausdruck meine Kritik S. 4 ff.; Heinze, Staatsrechtliche Erörterungen S. 1—19. Wächter, Beitrag zur Geschichte u. Kritik S. 7 u. 8.

[141] Die erste Monographie des neuen deutschen Strafrechts hat Heinze in höchst verdienstlicher weil aufklärender Weise »dem Verhältniss des Reichsstrafrechts zu dem Landesstrafrecht« (Leipzig 1871. 159 S. S.) gewidmet. Vgl. dens. jetzt auch in Holzendorffs Handbuch II. S. 1—22.

nen Normen, soweit sie der Reichsverfassung und den in Art. 4 ders. bezeichneten Zweigen der Rechtsbildung angehören, ebenso zukommen wie den gemeinen Strafgesetzen. Wenn § 53 des deutschen Strafgesetzbuches die Notwehr soweit sie zur Abwendung eines gegenwärtigen rechtswidrigen Angriffs erforderlich ist für erlaubt erklärt, so fallen damit alle sie theilweise verbietenden Normen der Einzelstaaten als nichtig in sich zusammen. Wenn die Reichsgesetzgebung innerhalb ihrer Competenz eine Handlung von Reichs wegen verbietet, so kann kein Landesgesetz sie erlauben. Wenn sie eine Handlung erlaubt — und diess kann auch stillschweigend durch Nichtaufstellung der verbietenden Norm geschehen — so darf kein Land sie verbieten. Wenn sie eine von Reichs wegen verbotene Handlung von Reichs wegen mit Strafe belegt, so ist diese Handlung im ganzen Reiche nach Maassgabe dieses Gesetzes strafbar, wenn nicht das Reich, wie es nach den Ansichten Vieler in § 2 Al. 2. a. E. des Einführungsgesetzes gethan hat, die Kraft des Reichsrechtes zu Gunsten des Landesrechts bricht. Wenn gewisse Normverletzungen von Reichs wegen straflos gelassen werden, während andere Verletzungen der gleichen Norm oder aber Verletzungen anderer verwandter Normen mit Strafe belegt sind, so kann diess Schweigen sowohl bedeuten diese Handlung solle im Reiche straflos bleiben als auch ihre Bedrohung mit Strafe stehe im Ermessen der Einzelstaaten[142]. Sorgfältige Auslegung entscheidet, ob Jenes ob dieses? In jenem Fall hat der einzelne Bundesstaat diesen Thatbeständen gegenüber das Recht der Strafgesetzgebung verloren[143], in diesen darf er es ausüben.

---

[142] Ueber das doppelsinnige Schweigen des deutschen Strafgesetzbuchs vgl. Heinze, Erörterungen S. 24 ff., Ders. Verhältniss S. 31 ff.

[143] Diese Normübertretung darf dann von der Landesstrafgesetzgebung auch nicht als ein Qualifikationsgrund für die Verletzung einer anderen Norm benutzt werden. S. unten § 18 u. 17. Ich beabsichtige hier um so weniger den Umfang festzustellen, in welchem die Aufstellung von Normen und Strafgesetzen dem Reiche vorbehalten und den Einzelstaaten überlassen ist, als ich im Grossen und Ganzen mit Heinze, Verhältniss S. 30 ff. übereinstimme.

Es ist nun das Naturgemässe, dass das Reich eine Handlung, die es von Reichs wegen mit Strafe glaubt belegen zu sollen, auch von Reichs wegen verbietet und dass wie hier Strafgesetze und Normen aus derselben Quelle, nemlich der Gesetzgebung des Reiches fliessen, so auch den Normen der Partikulargesetzgebung partikuläre Strafgesetze entsprechen. Allein es ist auch möglich, dass

1. die Norm gemeinrechtlich und das Strafgesetz partikulär ist[144]. So ist der Diebstahl von Reichs wegen verboten, ja mit Strafe belegt. Der Holzdiebstahl, soweit er wirklicher Diebstahl ist, bildet nur eine Spezies jener Normwidrigkeit. Nichtsdestoweniger bleiben nach Einführungsgesetz § 2 »die besonderen Vorschriften des . . . Landesstrafrechts . . . . . über den Holz- (Forst-) Diebstahl«, wenn anders diese Stelle von wirklichen Diebstählen sprechen sollte[145], in Kraft. Ebenso könnte die Verletzung einer gemeinrechtlichen Norm durch einen Beamten unter partikuläre Strafgesetze gezogen sein. Allerdings falls nicht zwingende Gründe dagegen sprechen wird anzunehmen sein, dass das Reich,

---

[144] S. z. B. deutsches Handelsgesetzbuch A. 432—437.

[145] Dieser Ansicht Heinze, Verhältniss S. 76. Ders. in Holzendorffs Handbuch II. S. 11. Oppenhoff, Strafgesetzbuch zu E.-G. § 2 n. 10. Nitze bei Goltdammer XIX. S. 782 ff. Ich kann mich derselben nicht anschliessen: s. meine kleine Schrift »der Antagonismus zwischen dem deutschen Strafgesetzbuche und dem Entw. des bad. Einführungsgesetzes«. S. S. 11 das.: »Der Gegensatz der in Al. 1 u. Al. 2 (des E.-G.) bezeichneten Rechtsmaterien ist wenn auch unglücklich bezeichnet doch klar genug. Die »besonderen Vorschriften« des Reichs- und Landesstrafrechts dürfen »Materien, welche Gegenstand des Strafgesetzbuchs für das deutsche Reich sind« nicht »betreffen«, sonst wären sie ja durch Al. 1 auser Kraft gesetzt.« (Im Princip ders. Ans. Heinze a. a. O. S. 74. 75; Oppenhoff zu § 2 n. 9). Ist diess nun richtig, so können wir die mit »namentlich« angeführten Gesetze der Al. 2 doch nur als Exemplifikationen der »besonderen Vorschriften« betrachten, die nicht Gegenstand des deutschen Gesetzbuchs sind, die also nicht unter dessen Strafdrohungen fallen: damit aber wird es mir unmöglich, den in § 2 Al. 2 erwähnten Forstdiebstahl auf andere als uneigentliche sog. Diebstahlsfälle zu beziehen. S. des Näheren Antagonismus S. 12.

falls es nur die vorsätzlichen Uebertretungen einer Norm oder gar nur die qualificirten vorsätzlichen Verletzungen oder nur die vollendete oder aber die versuchte und vollendete Verletzung mit Strafe belegt, damit für das ganze Reich die Straflosigkeit der fahrlässigen oder der unqualificirten vorsätzlichen oder der versuchten Verletzungen oder der Verletzungen der Normen gegen Vorbereitungshandlungen statuirt. Falls aber die Landesgesetzgebung befugt erscheint gemeine Normen durch ihre Strafgesetze zu schützen, so sehen wir sie arbeiten in engstem Anschluss an die Reichsgesetzgebung und im dankenswerten Bestreben sie nach Kräften zu sichern. Das Verhältniss Beider ist durchaus normal. Dagegen ist es sehr fraglich

2. wie weit partikuläre Normen durch gemeinrechtliche Strafgesetze Schutz finden können[146]?

Im deutschen Strafgesetzbuche findet sich nemlich eine Reihe von Blankettstrafgesetzen, die sich dadurch charakterisiren, dass das Verbot, dessen Uebertretung mit Strafe belegt wird, ausgeht von der Landes- oder Ortspolizeibehörde oder einer sonstigen Behörde oder von der Partikulargesetzgebung; dass das Partikularrecht entscheidet, welche Behörden behufs Aufstellung der Norm ins Auge gefasst sind; dass ferner dieses Verbot dem Erlass des Strafgesetzes erst nachfolgen kann, wo denn das Strafgesetz einstweilen wie ein irrender Körper seine Seele sucht; dass es von dem Belieben der betreffenden Behörde abhängt, was sie auf das Blankett schreiben will; dass dieses Verbot während der Dauer des Strafgesetzes sich vollständig umwandeln kann und dass somit nach demselben Strafgesetz morgen ein Verbrechen ist, was gestern ein Gebot war, und morgen ein Gebot, was gestern Gefängniss bis zu zwei Jahren kostete; dass unter Umständen die Behörde des einen Staates erlaubt, was die des andern verbietet und nun hier von Reichs

---

146 Wenn ich hier von partikulären Normen spreche, so umfasse ich damit alle Verbote, welche Grundlage der gemeinen Strafgesetzgebung bilden, ohne dass sie vom Reiche ausgehen; also auch die Verbote der Ortspolizeibehörden. Vgl. über diese Fälle auch meine Kritik S. 5 ff.

wegen bestraft wird, was anderwärts das Reich nicht glaubt ahnden zu sollen[147].

---

[147] Solche Blankettstrafgesetze sind § 327 u. 328 »Wer die Absperrungs- oder Aufsichtsmaassregeln oder Einfuhrverbote, welche von der zuständigen Behörde zur Verhütung des Einführens oder Verbreitens einer ansteckenden Krankheit (so § 327; 328 »von Viehseuchen«) angeordnet worden sind, wissentlich verletzt, wird mit Gefängniss bis zu zwei Jahren (§ 328 »bis zu Einem Jahre«) bestraft.« Ferner § 360, 2 »wer .... wider das Verbot der Behörde, Vorräte von Waffen oder Schiessbedarf aufsammelt;« § 360, 9 »wer gesetzlichen Bestimmungen zuwider ohne Genehmigung der Staatsbehörde Aussteuer-, Sterbe- oder Wittwenkassen u. s. w. u. s. w. errichtet« etc.; § 360, 12 »wer als Pfandleiher bei Ausübung seines Gewerbes den darüber erlassenen Anordnungen zuwiderhandelt«; § 361, 1 »wer, nachdem er unter Polizeiaufsicht gestellt, den in Folge derselben ihm auferlegten Beschränkungen zuwiderhandelt«; § 361, 2 (vgl. § 39) »wer nachdem er des Bundesgebietes oder des Gebietes eines Bundesstaates verwiesen ist, ohne Erlaubniss zurückkehrt«; § 361, 6 »eine Weibsperson, welche, polizeilichen Anordnungen zuwider, gewerbsmässig Unzucht treibt«; hieher gehört auch § 365 Al. 1 »Wer in einer Schankstube ..... über die gebotene Polizeistunde hinaus verweilt« (obgleich hier ein Zweifel möglich ist); ferner § 366, 1 »wer den gegen die Störung der Feier der Sonn- und Festtage erlassenen Anordnungen zuwiderhandelt«; 366, 10 »wer die zur Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf den öffentlichen Wegen, Strassen und Plätzen erlassenen Polizeiordnungen übertritt«; § 367, 2 »wer den polizeilichen Anordnungen über vorzeitige Beerdigungen entgegenhandelt«; § 367, 5 »wer bei der Aufbewahrung ... von Giftwaaren, Schiesspulver oder andern explodirenden Stoffen u. s. w. die deshalb ergangenen Verordnungen nicht befolgt«; § 367, 9 »wer einem gesetzlichen Verbot zuwider Stoss-, Hieb- oder Schusswaffen, welche in Stöcken oder Röhren oder in ähnlicher Weise verborgen sind, feilhält oder mit sich führt«; § 367, 13: »wer trotz der polizeilichen Aufforderung es unterlässt, Gebäude, welche dem Einsturz drohen, auszubessern oder niederzureissen«; § 367, 14 »wer Bauten u. s. w. vornimmt, ohne die von der Polizei angeordneten ... Sicherungsmaassregeln zu treffen«; § 368, 1 »wer den polizeilichen Anordnungen über die Schliessung der Weinberge zuwiderhandelt«; § 368, 2: »wer das durch gesetzliche oder polizeiliche Anordnungen gebotene Raupen unterlässt«; § 368, 8 »wer die polizeilich vorgeschriebenen Feuerlöschgerätschaften überhaupt nicht oder nicht in brauchbarem Zustande hält oder andere feuerpolizeiliche Anordnungen nicht befolgt.« — Nicht hieher gehören Satzungen, wie § 360, 1: »wer ohne besondere Erlaubniss Risse von

Da die juristische Construktion dieser Blankettstrafgesetze keineswegs eine sehr klare ist, untersuche ich einen Fall derselben genauer. Es sagt § 366: »Mit Geldstrafe bis zu zwanzig Thalern oder mit Haft bis zu vierzehn Tagen wird bestraft ..... 10) wer die zur Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf den öffentlichen Wegen, Strassen und Plätzen erlassenen Polizeiverordnungen übertritt.« Gleichgültig ist, von wem die Polizeiverordnung erlassen wird, ob von der obersten Landespolizeibehörde oder von der Bezirkspolizei oder von der Ortspolizei, sofern nur die Polizei zu einer solchen Verordnung zuständig war. Bindend ist eine solche Verordnung nur für die Personen in dem Kreis, in welchem sie erlassen ist, möglicherweise für wenig hundert Seelen. Im benachbarten Bezirk gilt vielleicht grade das Gegentheil, wird vielleicht links ausgewichen und rechts vorgefahren, während es sich hier umgekehrt verhält. Wenn desshalb ein Reichsgesetz die Uebertretung solcher Verordnungen mit Strafe belegt, so kann diess nicht den Sinn haben das Verbot oder Gebot in jener Verordnung zum Reichsverbot zu machen. Der Weg, den ein armer Deutscher dann zu wandeln hätte um auf der Strasse des Rechts zu bleiben gliche genau dem des alten Gobbo im Kaufmann von Venedig. Die Verordnung behält ihren durchaus lokalen, das Landesgesetz seinen partikulären Charakter: Beide bekommen nicht einmal durch die Ausstattung mit der Reichsstrafe eine grössere Autorität. Denn sind diese Verordnungen einmal Gegenstand der Lokalbehörden, so hat sich das Reich gar nicht damit zu bemengen, und kann unmöglich ihr Ansehen oder ihre Ausdehnung steigern. Wenn man aber Erlass oder Nichterlass solcher Verordnungen den Lokalbehörden anheimstellt, dann scheint es mir unlogisch die Entscheidung der Frage, wie weit deren Uebertretungen strafbar sein sollen, der Polizeistrafgesetzgebung des jeweiligen Landes zu entwinden und dem Reiche zu übertragen. Mit andern Wor-

---

Festungen .... aufnimmt oder veröffentlicht«. Hier erklärt das Reichsgesetz die Handlung für regelmässig verboten und nur unter Umständen für erlaubt.

ten: eine Strafdrohung, die an die gesammten Unterthanen des Reichs gerichtet ist, setzt voraus eine Norm, welche gleichfalls vom Reiche ausgeht. Gemeinrechtliche Strafgesetze auf Grund partikulärer Normen widerstreiten nicht nur dem A. 4 n. 12 der Reichsverfassung, denn ein partikuläres Verbot kann unmöglich das Fundament einer »gemeinsamen Strafgesetzgebung[148]« für das Reich abgeben, sondern auch den Gesetzen der Logik, und enthalten einen zu missbilligenden weil durch keine einzige Rücksicht gebotenen Eingriff in die strafgesetzgeberische Autonomie der Einzelstaaten.

Damit ist nicht gesagt als könnte das Reich nicht Verbote aufstellen, die einen nur lokalen Charakter tragen, wie z. B. Verbote zum Schutze der Küsten. Das Verbot muss aber einem gemeinsamen Bedürfniss entspringen und das Reichsstrafgesetz erfordert die Reichsnorm[149]. Die oben bezeichneten Blankettgesetze des deutschen Strafgesetzbuchs sind kein gemeines Recht: denn die Normen, worauf sie ruhen, sind partikulär; und sie sind kein Partikularrecht: denn das Reich besitzt die Befugniss nicht partikuläre Normen mit gemeiner Strafsatzung auszustatten. So harren sie der Beseitigung[150].

---

148 »D. h. die Gesetzgebung, soweit sie gemeinsam sein soll, soweit ein gemeinsames Bedürfniss des Bundes legislatorische Befriedigung erheischt und nicht weiter«: Meine Kritik S. 5. S. dagegen allerdings Heinze Erörterungen S. 19. Wenn aber Heinze in Holzendorffs Handbuch II. S. 4 n. 1 mir beimisst, ich hielte das Reich zu Polizeistrafgesetzgebung für incompetent, so verweise ich dagegen auf meine Kritik S. 4, wo ich ihm diese Competenz ausdrücklich vindizire.

149 Ein durchaus zulässiges Blankettstrafgesetz enthält § 145, wo mit Geldstrafe bis zu 500 Thalern bestraft wird: »Wer die vom Reich zur Verhütung des Zusammenstossens der Schiffe auf See erlassenen Verordnungen übertritt.« Die Normen dazu liefert die kaiserliche Verordnung zur Verhütung des Zusammenstossens der Schiffe auf See v. 23. Dez. 1871. (Reichsgesetzblatt 1871 No. 52.)

150 Nur die allzugrosse Abhängigkeit der norddeutschen Entwürfe von dem Strafgesetzbuch für den Einzelstaat Preussen erklärt die Aufnahme dieser Missgestaltungen in das deutsche Gesetzbuch. Dagegen schon meine Kritik a. a. O. u. Heinze, Erörterungen S. 18.

IV. Neue Normen und neue Strafgesetze.

§ 13. A. *Wandelung des Strafgesetzes bei unveränderter Norm. Rückwirkung der Strafgesetze.*

Gegenüber der Wandelbarkeit der Strafgesetze unter dem Einflusse veränderter Culturen gewährt das unveränderte Bestehenbleiben der Normen, die oft so alt sind wie die Volksgeschichte und dauern werden in gleicher Form, so lange die menschliche Leidenschaft auf Erden noch ihr Spiel treibt, einen durchaus imponirenden Eindruck. Nicht als hätte die Geschichte in ihre Reihen keine Breschen gelegt, als wären keine neuen zu den alten hinzugetreten, aber ein Grundstock von ihnen hat die Völker des Alterthums ebenso überdauert wie sie die jetzige Culturperiode überleben werden: sie bilden den Niederschlag derjenigen Rechtsbedürfnisse, welche die primitivste mit der entwickeltsten Gesellschaft theilt.

Wie wirkt es nun, wenn sich die geschichtliche Umbildung nur eines der beiden Elemente, nur der Normen oder nur der Strafgesetze bemächtigt, und ist eine solche Entwicklung in diesen beiden Gestalten überhaupt möglich?

Wenn die Einführungsgesetze unsrer neuen Strafgesetzbücher bestimmen, dass von einem bestimmten Tage an das bisherige Strafrecht »insoweit dasselbe Materien betrifft, welche Gegenstand des neuen Strafgesetzbuchs sind«, ausser Kraft tritt, so liegt darin weder eine Aufhebung noch auch eine Bestätigung der bisherigen Normen. Vielleicht erhellt aus dem Gesetze, dass bestimmte Normen geändert, andere abgeschafft sind: allein so weit Keines von beiden der Fall ist dauern die bisherigen Normen ununterbrochen fort, selbst wenn sie Alle wie gelegentlich der neuen deutschen Gesetzgebung eine Umwandlung hinsichtlich ihrer Autorität durchgemacht haben und aus gemeinen Normen der einzelnen deutschen Länder Reichsnormen geworden sind.

Welche Pflichten erwachsen nun dem gesetzgebenden Staate aus dem neuen Gesetze von dem Tage an, an welchem es in Kraft

tritt, welche Rechte dem Delinquenten? Es ist die alte Frage, von der sog. rückwirkenden Kraft der Strafgesetze [151], für deren Lösung ich aus dem Zusammenhange meiner Auffassungen, aus dem Verhältniss von Norm und Strafgesetz das Princip aufstellen muss, ohne hier zugleich auch alle Folgerungen daraus des Näheren ausführen zu wollen.

Die unsichere Beantwortung derselben hängt — irre ich anders nicht — aufs Engste mit der üblichen Verwechselung von Norm und Strafgesetz und der falschen Auffassung von letzterem zusammen [152].

---

[151] Die ganze Frage kann nur hinsichtlich der Strafgesetze aufgeworfen werden: eine Norm, welche ex post vor ihr erlaubte und vor ihr begangene Handlungen zu verbotenen stempeln wollte, wäre in sich voller Widerspruch und nichtig.

[152] Interessant ist in dieser Beziehung wirklich Bekker, Theorie I. S. 133 ff. — Ueber den Stand dieser Frage s. Seeger, über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze. Tübingen 1862. Die Ansichten der jüngsten Zeit zerfallen in drei Lager: I. Die Handlungen müssten beurtheilt werden nach dem Strafgesetze »unter dessen Herrschaft« sie begangen wären: unrecht sei es aber, das spätere mildere Gesetz auf noch nicht rechtskräftig entschiedene Fälle nicht anzuwenden. So Berner, Wirkungskreis S. 50. 51. (vgl. dessen Lehrbuch § 126. Beachte »Ein Verbrechen kann immer nur Verletzung desjenigen Gesetzes sein, unter dessen Herrschaft es verübt wurde«); Wächter, Sächs. Strafrecht S. 117 ff. In der Motivirung sehr interessant, wenn auch verkehrt und nicht ganz klar durchdacht, Lassalle, System der erworbenen Rechte I. S. 56. 348—360. Das neue Strafgesetz darf nicht rückwirken: denn Rückwirkung ist nichts anders als ein »Eingriff in die Freiheit und Zurechnungsfähigkeit des Menschen.« — Aber »Urrecht des Individuums dem Staate gegenüber« ist »dass alles, was einmal als zum Inhalt des allgemeinen Geistes gehörend bereits anerkannt ist, auch für ihn sei, und ihm, dem Einzelnen zu Gute komme.« So muss jedes neue Gesetz, insofern es einem Individuum zu Gute kommt und nicht wahrhaft erworbene Rechte eines andern Individuums verletzt, sofort zur unbedingtesten Anwendung kommen. Darin liegt eben gerade keine Rückwirkung (S. 349. 352). Eine Aufhebung oder Milderung von Strafgesetzen stösst niemals auf erworbene individuelle Rechte und so muss das neue günstigere Strafgesetz auch auf bereits rechtskräftige Strafurtheile Anwendung finden (357). Verworren Schütze Lehrbuch S. 49 ff. II. Ganz mit Recht wird diesen Rechtslehren von Hälschner, System I. S. 35—45 u. Bekker Theorie I.

Ist das Strafgesetz der Imperativ, der den Gesetzesunterthanen von einem bestimmten Tage an befiehlt: Ihr sollt diese

---

S. 214—224 der Vorwurf gemacht, sie hätten die Rechtmässigkeit der Rückwirkung des milderen Gesetzes nicht bewiesen: alle ihre Argumente führten dahin, dass dann auch das härtere spätere Gesetz auf die noch nicht abgeurtheilten Fälle Anwendung finden müsse. Desshalb behaupten Hälschner u. Bekker, (u. ebenso das Obertrib.-Urtheil v. 24. März 1871 bei Goltdammer XIX S. 261), von Rechts wegen sei immer nur das Gesetz anzuwenden, unter dessen Herrschaft die That begangen wurde. (Bekker meint denn S. 220. 221, von diesem Satze dürfe der Gesetzgeber zu Gunsten des späteren milderen, nicht aber zu Gunsten des späteren schärferen Gesetzes eine Ausnahme machen.) III. Grade umgekehrt stellt Köstlin System S. 48 ff. als Princip auf: »das Recht über Verbrechen (verlangt) als ein absolutes, gegen die Interessen der Person indifferentes, vom Augenblick seines Existentwerdens an absolute Geltung,« (diess hält auch Schütze a. a. O. S. 49 für strenges aber unbilliges Recht). »Andrerseite (meint Köstlin weiter) ist es ungerecht, ein neues Strafgesetz auf eine Handlung anzuwenden, die zu einer Zeit begangen wurde, in welcher nach der allgemeinen Rechtsüberzeugung diese Handlung als erlaubt oder doch als geringeres Vergehen galt«. »Die Antinomie löst sich (?) mithin in dem Grundsatze, dass ein milderes Strafgesetz absolute Gültigkeit, ein härteres dagegen keine rückwirkende Kraft hat«. Seeger a. a. O. 82 ff. insbes. S. 94 ff. betrachtet die rückwirkende Kraft des neuen Strafgesetzes als Regel, behauptet aber jene müsse von Rechtswegen bei härteren Strafgesetzen wegfallen: die Beweisführung, dass diese Ausnahme im Recht begründet sei, halte ich für völlig misslungen. Ders. Ans. wie Seeger ist Schwarze bei Holzendorff II. S. 26. Auch Gabba, della Retroattività in materia penale. Pisa 1869. S. 55 soll das Princip der Anwendbarkeit des neuen Strafgesetzes vertreten. — Man sieht die 1. u. 2. Meinung theilen das Princip, kommen aber zu praktisch verschiedenen Resultaten; die 1. und 3. Meinung divergiren im Princip, kommen aber praktisch auf das gleich hinaus. Pulvermacher bei Goltdammer XIX S. 5—18 beweist schlagend, dass von einem Hinauswirken des alten Gesetzes über den Tag seiner Abschaffung hinaus nicht die Rede sein kann; hält aber für die zur Geltungszeit des alten Gesetzes begangenen aber noch nicht rechtskräftig abgeurtheilten Fälle auch das neue Gesetz nicht für anwendbar, weil dessen erster Theil nicht erst nach dem Inkrafttreten des Gesetzes verwirklicht sei (was gar kein Grund ist und nur von einer falschen Auffassung des Strafgesetzes zeugt), so dass also für solche Handlungen ein formell anwendbares Gesetz fehle. Folglich, sollte man meinen, sind sie straflos. Aber nein: der Richter soll sie beurtheilen auf Grund und Boden der neuen

und jene Handlungen bei den von mir gedrohten Strafen unterlassen, fasst man den Verbrecher als Uebertreter grade dieses

---

maassgebenden Verhältnisse. man würde also auf die Analogie des neuen Gesetzes hinaus kommen, aber nein: denn jenes thut der Richter nur, wenn er immer das mildere von beiden Gesetzen anwendet! Rönne bei Goltdammer XIX. S. 434 leugnet, dass die Rückwirkung des milderen und die Nichtrückwirkung des härteren Strafgesetzes überhaupt »Ausnahmen vom Princip seien«, »das Princip ist vielmehr in dem Satze ausgesprochen, dass stets das mildere Gesetz zur Anwendung kommen muss«.

Die Zwiespältigkeit der Doktrin zeigt sich auch in der neueren Gesetzgebung. Auch sie zerfällt wesentlich in drei Gruppen, deren kleinere Verschiedenheiten hier bei Seite bleiben können.

I. An Zahl sehr überwiegend sind diejenigen Einführungsgesetze, welche das Princip der sog. Rückwirkung des neueren Gesetzes anerkennen und davon nur die Fälle ausnehmen, wo die Anwendung desselben zu einem härteren Ergebniss führen würde als die Anwendung des früheren Rechtes: 1) Bair. Verkündungspatent v. 16. Mai 1813 A. 2; 2) Würtemberg, E. Ges. v. 1. März 1839 A. 2; 3) Hannover Einf.-Patent v. 8. Aug. 1840 § 6; 4) Hessen, Einführ.-Gesetz vom 17. Sept. 1841 A. 3; 5) Nassau, E. Ges. vom 17. Mai 1849 § 3; 6) Frankfurt, Einf.-Gesetz vom 16. Sept. 1856 A. 4; 7) Crim.-Gesetzbuch für Sachsen, Publ.-Verordnung vom 30. März 1838. IV; 8) Sachsen-Altenburg Publ.-Patent vom 3. Mai 1841 A. IV; 9) Sachsen-Weimar E. Ges. v. 20. März 1850 A. 5. 6; 10) Schwarzburg-Sondershausen E. Ges. v. 25. März 1850 A. 5. 6; 11) Schwarzburg-Rudolstadt E. Ges. vom 26. April 1850 A. 5. 6; 12) Anhalt, Publ.-Patent vom 28. Mai 1850 § 3; 13) Sachsen-Meiningen E. Ges. v. 21. Juli 1850 A. 4 u. 5; 14) Sachsen-Coburg-Gotha E.-Ges. v. 23. Dez. 1851 A. 4; 15) Reuss, J. L. E. Ges. v. 14. April 1852 A. 4; 16) Königreich Sachsen, Publ.-Verordnung vom 13. Aug. 1855 § 6; 17) Baiern, E.-Ges. v. 10. Nov. 1861 A. 25; 18) Revid. Sachsen, E.-Verord. v. 1. Oct. 1868 II.

II. Als Princip statuiren die Nichtrückwirkung des neuen mit Ausnahme des neuen milderen Gesetzes: 1) Oldenburg Verkünd.-Patent vom 10. Sept. 1814 III; 2) Baden, Einf.-Edikt vom 6. März 1845 gleich Einf.-Ges. v. 5. Febr. 1851 § 7, welches allerdings das Princip nicht ausdrücklich aufstellt, aber doch davon ausgeht: A. M. Seeger a. a. O. S. 72 n. 1; 3) Sachsen-Coburg Einf.-Gesetz vom 29. November 1850 A. 4; 4) Preussen Einf.-Ges. v. 14. April 1851 A. IV; Einf.-Verordnung v. 25. Juni 1867 A. XVIII (für die neuen Landestheile); 5) Anhalt-Bernburg Einf.-Ges. v. 5. Febr. 1852 A. IV; 6) Waldeck Einf.-Ges. v. 5. Mai 1855 A. IV; 7) Code pénal a. 4; 8) Deutsches Strafgesetzbuch § 2. Dieses verlangt wie der Code, dass das Strafge-

Strafgesetzes, als denjenigen, der die bedingte Strafdrohung in eine unbedingte verwandelt, sieht man in dem Strafgesetze den »Beherrscher« der unter ihm vorkommenden Delikte, so muss man bei dem Princip ausmünden, ein Strafgesetz muss und kann nur Anwendung finden auf sämmtliche zu seiner Geltungszeit vorgekommenen Delikte. Billigkeit führt dann vielleicht zu der Ausnahme, dass das spätere Gesetz, sofern es dem Beschuldigten günstiger sei, ihm zu Gute kommen solle. Nimmt man bei jener Auffassung noch ein wohlerworbenes Recht des Deliquenten auf »seine Strafe«, auf die Strafe des von ihm verletzten Strafgesetzes an, so dürfte die Strafmilderung in Folge des neuen Gesetzes nur mit Einwilligung des alten Delinquenten eintreten.

Löst man sich von dieser falschen Auffassung, sieht man im Strafgesetz den Nachdruck liegen auf der nach Umfang und Inhalt fixirten Strafpflicht des Staates oder betrachtet man es als eine Instruktion für die Strafrichter, so führt die Consequenz zu dem Satze, dass das neue Strafgesetz vom Tage seines Inkrafttretens an alleinige Richtschnur der strafrichterlichen Entscheidung sein dürfe. Die Nichtanwendung des neuen härteren Strafgesetzes kann dann nur auf Billigkeit gegründet werden und die Construktion eines wohlerworbenen Rechtes des Delinquenten auf die mildere Strafe des früheren Gesetzes ist von diesem Standpunkt aus sofort als unmöglich erkennbar.

Will man beide Auffassungen neben einander festhalten, so ist damit eine unlösbare Antinomie gegeben.

Da die rechtskräftige Verurtheilung feststellt, dass dem

---

setz, wonach eine Handlung zu beurtheilen sei, der Begehung der Handlung voraufgeht. Vgl. auch Schwarze S. 53. Dag. ist v. Bar bei Goltdammer XIX. S. 75 der Ansicht, das D. G.-B. habe weder das Princip s. I. noch das s. II. aufgestellt.

III. Weder die Rückwirkung noch die Nichtrückwirkung als Princip, wohl aber die Anwendbarkeit des neueren Gesetzes soweit es das mildere ist statuiren: 1) Braunschweig Einf.-Patent v. 15. Juli 1840 § V. VI.; 2) Lippe-Detmold Einf.-Patent v. 18. Juli 1843 § 6; 3) Oesterreich, Patent v. 27. Mai 1852 A. IX. Die Einführungsgesetze von Reuss, Aelt. Linie, Lübeck u. Hamburg sind mir augenblicklich unzugänglich.

Staate gegenüber seiner Gegenpartei eine Strafpflicht in bestimmtem Umfange obliege, diese Entscheidung weiterhin für den Staat als Partei nicht anfechtbar ist, so ergiebt sich, dass die beim Eintritt des neuen Gesetzes rechtskräftig vorliegenden Strafurtheile von diesem unberührt bleiben müssen. Wenn Lassalle[153] hierin »einen kaum begreiflichen Beweis von der erdrückenden und tödenden Macht der Formel« erblickt und diesen Vorwurf darauf gründet, dass das Urtheil ein Syllogismus sei und die Aenderung des Obersatzes alle auf diesen gebauten seitherigen Urtheile, sofern sie noch aufrecht erhalten würden, mit hinfällig mache, so liegt darin eine grossartige Verkennung von der Macht der konkreten Verhältnisse und des Faktors der Pflicht gegenüber der logischen Formel. Nicht weil das Urtheil logisch richtig gebaut ist hat der Staat eine Strafpflicht, sondern weil sein Gesetz ihn band; der Syllogismus dient nur dazu festzustellen, ob die Bedingung für den Eintritt der Strafpflicht vorhanden sei. Und so stellen sich die verschiedenen Schlüsse bei verschiedenen Obersätzen gar nicht in Widerspruch zu einander. Damit wird das Recht des Gesetzgebers durch eine ausdrückliche Satzung auch die in der Vollstreckung begriffenen Strafen umzuändern keineswegs bestritten[154]. Hier aber hat der Sträfling und zwar aus dem Urtheile das Recht zu verlangen nicht in eine härtere Lage gebracht zu werden.

Ein zu Recht bestehendes Staatsverbot, gerichtet an die Gesetzesunterthanen und des Inhalts, sie hätten eine bestimmte Handlung zu unterlassen, ist für diese unbedingt bindend, einerlei ob der Staat an die Uebertretung des Verbotes Rechtsfolgen geknüpft oder diess unterlassen hat. Die Entscheidung, ob die Uebertretung mit solchen Folgen auszustatten sei oder nicht und mit welchen Folgen ist ausschliesslich Sache des Staates. Hat ein Staatsgesetz solche Folgen aufgestellt, so erhalten die Verbrecher ein Recht auf die angedrohte Folge keineswegs. Der Räuber kommt nicht kraft

---

[153] System der erworbenen Rechte I. 353.

[154] S. dazu auch Seeger S. 130 ff. bes. S. 140; und über die Stellung der Gesetzgebung zu dieser Frage dens. S. 142 ff.

seines Rechtes ins Zuchthaus und kann sich nicht beschweren, wenn seiner That die angedrohte Strafe nicht zu Theil wird. Sonst müsste er auch ein Recht haben eine ihm gewährte Begnadigung zurückzuweisen. Er hat auch kein Recht zu verlangen, dass wenn überhaupt eine Rechtsfolge eintrete, diess die im Gesetz, welches zur Zeit seiner That gilt, fixirte sei: hat er kein Recht auf Eintritt der Rechtsfolge überhaupt, so ist er auch nicht befugt, den Eintritt der ganzen Rechtsfolge zu heischen, wenn etwa der Staat glaubt, nur die Hälfte eintreten lassen zu sollen. Wohl aber wird vielfach behauptet, er dürfe fordern, mit keiner härteren Strafe als sie ihm das Gesetz droht, welches zur Zeit seiner That gilt, belegt zu werden.

Ein solches Recht aber lässt sich nicht konstruiren[155]. Es bestände nur dann, wenn der Staat, dass ich so sage, mit dem Verbrecher paciscirte, er dürfe wählen zwischen Unterlassung des Verbrechens und zwischen Begehung desselben gegen Einzahlung einer bestimmten Strafsumme seinerseits. Dann erhielte aus diesem Paktum der Verbrecher das Recht, dass nicht sein Gegentheil einseitig die zu leistende Strafsumme

---

[155] A. M. Wächter, Sächs. Strafrecht S. 118. Hälschner I S. 43, und seltsamer Weise auch der von einem andern Princip ausgehende Seeger a. a. O. S. 2; 83 »Es ist ein Grundrecht des Bürgers, nach keinem härteren Gesetze beurtheilt zu werden, als nach demjenigen, unter dessen Herrschaft er gehandelt hat« (wie damit S. 82 oben stimmt, ist nicht recht einzusehen). Wenn der Bürger ein wohlerworbenes Recht auf Strafe hat, so muss er dieses doch klage- oder einredeweise gegen den Staat geltend machen können. Auch vom Standpunkte Wächters, Hälschners u. Bekkers aus lässt sich ein solches wohlerworbenes Recht nicht begründen: wohl aber kann man von da aus so argumentiren. Der Staat hat in seinem Gesetze von einem bestimmten Tage bestimmte Handlungen bei bestimmter Strafe verboten: jedes Delikt unter der Geltungszeit dieses Gesetzes verwandelt dessen bedingte Strafdrohung in eine Strafpflicht bestimmten Umfangs und kann nicht ex post mit der Wirkung ausgestattet werden, nun eine ganz andere Strafpflicht zu begründen. — Bei Seeger bildet jener Satz einen »seiner Ausgangspunkte«; er ist aber nur eine und nicht einmal richtige petitio principii. Am allerwenigsten hat aber der Bürger auf eine bestimmte Strafe ein »Grundrecht«. — Vgl. hierüber auch Pulvermacher a. a. O. XIX. S. 6 u. 7 u. Lassalle a. a. O. S. 352.

steigere. Allein diese Auffassung ist unrichtig, unwürdig und führt zu den schiefsten Consequenzen. Dann könnte von Strafbarkeit überhaupt nur die Rede sein, wenn der Delinquent bei seiner That Maass und Art der ihm gedrohten Strafe kennt und alle Strafgesetze würden damit fast illusorisch [156]; dann wären die Bestrafungen der crimina extraordinaria im römischen Rechte ebensoviel Justizmorde [157]; dann wären die absolut unbestimmten Strafgesetze nichtig; dann wäre das Recht des schottischen supreme criminal court strafwürdige aber mit Strafe nicht bedrohte Handlungen mit Strafe zu belegen [158] ein Unrecht. Ebensowenig hat der Unterthan das Recht Unwandelbarkeit der Staatsauffassung über die Art der Bestrafung verbotener Handlungen zu verlangen [159].

Wem nun dieses angebliche Recht des Delinquenten auf »seine Strafe« problematisch erschiene, der könnte die Billigkeit zu Hülfe rufen, damit den Delinquenten keine höhere als die zur Zeit seiner That angedrohte Strafe treffe. Allein aus welchem Gesichtspunkte könnte die Billigkeit eine solche Forderung stellen? Doch allein desshalb, weil der Verbrecher bei seiner That auf Grund des Strafgesetzes erwartet hätte, mit keiner höheren Strafe als der angedrohten belegt zu werden, weil die Aussicht einer schärferen Strafe ihn möglicherweise von der That abgehalten haben würde! Diess alles aber sind unzulässige Präsumtionen: die Verbrecherwelt erwartet nicht gestraft zu werden, beabsichtigt den Staat um die Strafe zu prellen und flieht die Erwägung, welches Strafäquivalent ihrer That entspräche. Sonst wäre es ja auch billig, wenn der Delinquent mit dem Minimum einer relativ bestimmten Strafe da-

---

[156] Diese Consequenz billigt Seeger a. a. O. S. 96 nicht, aber er zieht sie. Denn den Handlungen des Verbrechers »soll vom Staate nicht eine empfindliche Folge gegeben werden, welche der Betheiligte nach dem früheren Rechte nicht nur nicht erwarten konnte, sondern als ausgeschlossen zu betrachten hatte«; darauf habe der Verbrecher »einen Rechtsanspruch«.

[157] S. darüber auch Seeger, rückwirkende Kraft S. 44.

[158] S. Seeger a. a. O. S. 35 n. 1.

[159] Dieser Ansicht auch Seeger a. a. O. S. 82.

von zu kommen hoffte, nicht darüber hinauszugehen: man könnte es ja dann den Verbrechern lieber gleich selbst überlassen ihre Strafe zu wählen.

Grade wer die Tragik versteht, die in dem Verbrechen liegt, wird sich am Wenigsten in solches unlogisches Pacisciren mit demselben einlassen. Ernst wie die das Recht angreifende Leidenschaft sei auch ihre Bekämpfung, milde zugleich, aber in dem für notwendig erkannten auch unerbittlich!

Die Waffen dieses Kampfes zwischen Recht und Unrecht bestimmt der Staat und er allein, ungehindert von erworbenen Rechten seiner Unterthanen auf Strafe überhaupt oder auf eine bestimmte Strafe. Wenn das Strafgesetz nur den Staat bindet, ihn verpflichtet, die aufgestellten Verbrechensthatbestände und zwar mit den gesetzlich fixirten Strafen und keinen andern zu belegen, wenn diese Pflicht in der ihr gesetzlich gegebenen Form für den Staat an dem Tage beginnt, an welchem das Gesetz in Kraft tritt, so folgt daraus: von diesem Tage an kann der Staat nur die in dem neuen Gesetze bestimmten Straf-Drohungen und die Straflosigkeits-Erklärungen desselben zur Anwendung bringen. Die Verhängung von Strafen des abgeschafften Gesetzes ist grade so pflichtwidrig als die öfter selbst von besonnenen Juristen vertheidigte Anwendung fremder Strafgesetze durch den einheimischen Staat. Das Strafgesetz mit seinem Einführungsgesetz bedeutet für den Staat: so gestaltet sich meine Strafpflicht von diesem bestimmten Tage; von da an zwingen mich die Thatbestände sie nach diesem Gesetze zu behandeln. Und dieser Zwang trifft denn auch die noch nicht rechtskräftig abgeurtheilten Handlungen, die zur Zeit des abgeschafften Gesetzes begangen wurden. Von einer Rückwirkung eines neuen Strafgesetzes ist grade so wenig zu sprechen als von einem Hinauswirken des alten in die Zeit des neuen hinein[160]. Die Pflicht, die bis zu

---

[160] Eine wirkliche Rückwirkung der deutschen Strafgesetze ist in § 4 n. 3 Abs. 2 anerkannt, wonach die Verfolgung wegen im Auslande begangener Verbrechen und Vergehen auch dann zulässig ist, wenn der Thäter erst nach der That ein Deutscher geworden ist. Ich fürchte,

dem Tage des Inkrafttretens des neuen Gesetzes gedauert hat, ist mit diesem Tage erloschen; eine neue an ihre Stelle getreten, die grade so wie die alte die Alleinherrschaft beansprucht und beanspruchen muss [161].

Diese Pflicht kann sich gegen das frühere Gesetz gehalten geändert haben: die früher strafwürdige Handlung ist hier mit schonendem Stillschweigen übergangen; der früher unterschätzte verbrecherische Gehalt einer andern ist klarer erfasst und eine Strafpflicht des Staates ist härter geworden. Bekkers formalistischer aller Geschichte widersprechender Behauptung [162], der Staat müsse alle seine Gesetze für gleich vollkommen ausgeben, könne keines für besser erklären als das andre, treten schlagend Lassalle's schöne Worte gegenüber: »Gesetze stellen einen geistigen Inhalt, neue Gesetze einen neu erlangten und von der Gesellschaft sogar für obligatorisch erklärten Vernunftinhalt dar. Wie ein neu entzündetes Licht seine Helle auf alles, auch das vorher dunkle verbreitet, so wirkt jede neu erlangte Intelligenz . . auf alle noch so sehr vergangene Objekte der Beurtheilung zurück« [163].

Das mildere wie das härtere Strafgesetz sind nicht Erzeugnisse, das Eine schöner Menschlichkeit, das Andere grau-

---

völkerrechtliche Erwägungen haben hier zur Aufstellung eines höchst bedenklichen Satzes geführt: denn mir scheint hier eine Person den deutschen Strafgesetzen unterworfen, die in vielen Fällen einer sie verbindenden Norm gar nicht zuwider gehandelt hat, so dass nicht nur den deutschen Strafgesetzen sondern auch den deutschen Normen rückwirkende Kraft beigelegt wird.

[161] Ich kann es nur aus der ungenügenden Auffassung des Strafgesetzes bei Seeger erklären, wenn er S. 70 sagt »In Wahrheit stehen der Wirkungskreis des alten und der des neuen Gesetzes gleich berechtigt neben einander«. Dieses neben einander ist doch wohl zeitlich zu verstehen. Ders. Auffassung Wächter, Sächs. Strafrecht 117. — Hiegegen richtig Pulvermacher a. a. O. S. 11 und von ihrem Standpunkte aus Hälschner I. S. 41 »in Bezug auf früher begangene Handlungen wird das spätere Strafgesetz überhaupt niemals existent« und Bekker a. a. O. S. 194 »das Gesetz ist wirksam, so lange es besteht, nicht vorher, nicht nachher.«

[162] Theorie I. S. 218. 219.

[163] System I. S. 55.

samer Härte. Beide stehen unter dem Banne der Pflicht. Soll der Staat seine Aufgabe erfüllen, so muss er hier mildern, muss dort schärfen; diese Notwendigkeit, wie er sie auffasst, zeigt ihm, dass er bisher theilweise auf falschem Wege war, und den Irrweg zur Höhe wie den zur Tiefe kann er nicht schnell genug verlassen.

Diess aber führt zu einem beachtenswerten Punkte: es können Verhältnisse eintreten, etwa der Belagerungszustand, der Kriegszustand, die gewissen zu ihrer Geltungszeit verübten Verbrechen nach der Staatsauffassung einen Charakter höherer Strafbarkeit verleihen, während für die vor ihrem Eintritt begangenen Delikte die bisherige Strafe als ausreichend erscheint[164]. Der Staat muss sich dann für verpflichtet halten, die früheren Delikte mit der früheren, dagegen die nach Eintritt des Kriegszustandes eingetretenen mit der neu angedrohten Strafe zu belegen. Beide Pflichten werden dadurch erfüllt, dass der Staat das neue Gesetz nur für die unter den exorbitanten Verhältnissen begangenen Handlungen, mag ihre Begehung vor oder nach Erlass des schärferen Gesetzes fallen, ausdrücklich als anwendbar erklärt. Die neue Gesetzgebung in normaler Zeit entspringt aber solchen vorübergehenden Tagesrücksichten nicht, und ein Gesetz, welches nicht ausdrücklich für bestimmte Fälle, die dann vor oder nach Erlass des neuen Strafgesetzes fallen können, die weitere Anwendbarkeit des alten Gesetzes vorbehält, diesem also noch ein Theil Dasein rettet, ist auf alle noch nicht rechtskräftig abgeurtheilten Fälle anzuwenden.

Die Pflicht des Staates aus dem neuen Gesetze formulirt sich, immer den Fall vorausgesetzt, dass die Norm unverändert geblieben ist, im Einzelnen dahin:

1. Die zur Zeit des frühern Gesetzes begangene, an dem Geburtstage des neuen noch nicht rechtskräftig abgeurtheilte Handlung war nach beiden Gesetzen strafbar. Mag nun die neue Strafe härter oder milder oder nur anders sein, der Richter darf nur auf sie erkennen, der Staat nur die neue Strafe

---

[164] Vgl. dazu Seeger a. a. O. S. 91. 127.

anwenden. Durch Ausschluss der Anwendbarkeit des härteren neuen Gesetzes, ohne dass diese Ausnahme sich durch die neuerdings eingetretene höhere Strafbarkeit der künftigen Delikte rechtfertigte[165], würde der Staat seiner ganzen höheren Strafdrohung ein höchst bedenkliches Misstrauensvotum ausstellen.

2. Die unter dem früheren Gesetze begangene Handlung war strafbar nach diesem, ist straflos nach dem neuen Gesetze: sei es, dass die Handlung ausdrücklich für straflos erklärt oder mit Stillschweigen übergangen ist; sei es, dass ein allgemeiner Grund der aufgehobenen Rechtswidrigkeit oder wegfallender oder erlöschender Strafbarkeit auf sie Anwendung findet; sei es, dass das neue Gesetz zur Strafbarkeit ein dieser Handlung fehlendes Requisit mehr verlangt; sei es, dass das neue Gesetz die Strafpflicht des Staates nicht durch die rechtswidrige Handlung allein sondern noch durch eine ausser ihr liegende Thatsache (etwa beim Ehebruch die voraufgegangene Ehescheidung) begründet werden lässt und diese Thatsache jene Handlung eben nicht begleitet. Es darf dann der Richter nach dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes auf Strafe nicht erkennen und der Staat nicht strafen. Wie aber, wenn der Rechtsbruch nach früherem Gesetze von Amts wegen, nach neuem Gesetz nur auf Antrag zu verfolgen ist? Die Schwierigkeit der Antwort auf diese neuerdings so vielfach ventilirte Frage liegt darin: die bisher nur einfach bedingte Strafpflicht des Staates wird durch die Erhebung des Verbrechens zum Antragsdelikt eine doppelt bedingte[166]. Daraus würde die Ungerechtigkeit jeder

---

[165] S. oben S. 88. 89.

[166] Diess leugnet mit Unrecht das Urtheil des O.-A.-G. zu Berlin v. 15. März 1871 c/. Hansen (bei Goltdammer XIX. S. 261) und die Urtheile des Obertribunals v. 24. März 1871 c/. Säuberlich (das. S. 265) sowie v. 29. März 1871 c/. Zebrin (das. S. 306. 307); v. 24. März 1871 c/. Wende u. v. dems. Tage c/. Miadach (das. S. 314. 315); v. 27. April 1871 c/. V. (bei Oppenhoff, Rechtssprech. XII. S. 239 ff.); ferner Urtheil des O.-A.-G. zu Rostock ohne Datum und Namen mitgetheilt (das. S. 606). Am schärfsten hat diese Ansicht Heinze begründet in s. Reichsstrafrecht und Landesstrafr. S. 67., wenn er sagt: »Der Strafantrag des Verletzten ist ein Moment oder auch nur eine Bedingung des verbrecherischen

Strafe folgen, welche der Staat nach dem Erlasse des neuen Gesetzes über eine solche Handlung verhängt, ohne dass die zweite Bedingung seiner Strafpflicht vorhanden, nemlich der Antrag auf Verfolgung gestellt ist. Die Durchführung der Consequenz stösst nicht auf das geringste Bedenken, wenn die Strafklage erst nach Erlass des neuen Gesetzes erhoben wird: der Kläger erscheint dann in Folge unterlassenen Antrags als unlegitimirt [167].

In eigenthümliche Klemme gerät der Staat nur bezüglich

Thatbestandes so wenig, wie der Strafantrag des Staatsanwalts; er ist nichts als prozessuale Voraussetzung für das Einschreiten der Staatsorgane, ähnlich wie der Antrag des Staatsanwaltes Voraussetzung ist für die Thätigkeit des Untersuchungsrichters.« Sind diese Gründe richtig, so gäbe es nicht eine einzige nur einfach bedingte Strafpflicht des Staates: diese wäre immer bedingt durch das Verbrechen und die Erhebung der Strafklage und durch das rechtskräftige Urtheil. Allein Heinze selbst sagt a. a. O. das prozessualische Offizialprincip sei nur eine Folge aus dem Wesen des Verbrechens, und diess lässt sich auch so ausdrücken: der Staat muss sich selbst zur Verfolgung und Bestrafung des Verbrechens für verpflichtet erklären. Da die Verfolgung notwendiges Mittel ist um zur Bestrafung zu gelangen, so muss man sagen, die Pflicht der Verbrechensverfolgung ist nur Bestandtheil der Strafpflicht. Die Erhebung der Strafklage durch die officiellen Verfolgungsorgane, die Aburtheilung der erhobenen Klagen: alles diess ist nicht Bedingung für den Eintritt der Strafpflicht, sondern schon notwendige Ausführungshandlung der staatlichen Strafpflicht. Und diess eben ist der Antrag des Privaten auf Strafverfolgung nicht, eben so wenig wie die erhobene Privatanklage, wo sie allein zulässig ist. Erst durch den Antrag wird die Strafpflicht des Staates begründet: dieser Antrag verhält sich desshalb zur Thätigkeit des Staatsanwalts wesentlich anders als die des Staatsanwaltes zu der des Untersuchungsrichters. In den Fällen, die rein ex officio verfolgt werden sollen, besteht die Strafpflicht schon vor der ersten Handlung des Staatsanwaltes und dieser beginnt damit jene Verpflichtung zu verwirklichen. Bei den Antragsdelikten entsteht diese Pflicht durch die normwidrige Handlung mit nichten schon, sondern erst durch den Strafantrag. Und wenn man Thatbestand dasjenige nennt, wodurch die Strafpflicht des Staates begründet wird, so gehört bei Antragsverbrechen der Antrag zwar nicht zu den Begriffsmerkmalen der begangenen Normwidrigkeit, wohl aber zum Thatbestand: dagegen gehört die officielle Strafklage selbst sowie das rechtskräftige Urtheil nicht zum Thatbestand.

[167] S. oben S. 19 ff.

derjenigen Fälle, deren Offizialverfolgung schon vor dem neuen Gesetz begonnen, bei dessen Erlass aber durch rechtskräftiges Urtheil ein Ende noch nicht gefunden hat.[168] Zur Strafverhängung fehlt hier und zwar vom Tage des in Kraft getretenen Gesetzes die eine Voraussetzung, nemlich der Strafantrag. Diese Voraussetzung ist aber auch im Laufe dieses Prozesses gar nicht mehr zu beschaffen: denn der Antrag ist ein Antrag auf Eröffnung der Verbrechensverfolgung, nicht auf deren Fortführung und Aufrechthaltung, er kann also nach eröffnetem Verfahren nicht mehr nachgeholt werden. Dieses Recht aber, die Verfolgung zu beantragen, ertheilt ja das neue Gesetz erst vom Tage seines Inkrafttretens und bezüglich eines formell gültig schon eingeleiteten Verfahrens kommt ein solches Recht gar nicht zur Entstehung: die Sachlegitimation des Klägers bleibt also für die schon vor dem neuen Gesetze eingeleiteten Verfolgungen durch die Ertheilung einer solchen Antragsbefugniss an Dritte vollständig bestehen. Resultat wäre die Rechtsbeständigkeit des Verfahrens und die Ungerechtigkeit der Strafvollstreckung, somit ein freisprechendes Urtheil[169].

Diesen Knoten ausdrücklich zu lösen ist für die Gesetzgebung Notwendigkeit[170]. Sie könnte diess thun, indem sie für die anhängigen Untersuchungen den Antrag als gestellt fingirte, oder dem Antrag auf Eröffnung der Strafverfolgung den auf Fortführung derselben ausnahmsweise gleichstellte[171],

---

[168] Für diese Fälle leugne ich die von v. Bar bei Goltdammer XIX. S. 75 versicherte Einmütigkeit, »dass, wenn das neue Gesetz für die Bestrafung der That einen Antrag fordert, dieses Erforderniss auch für die früher begangenen Delikte aufzustellen ist«.

[169] Diese Consequenz in ihrem letzten Theil zieht Hälschner bei Goltdammer XIX. S. 370.

[170] Der neunzehnte Band des Goltdammerschen Archivs liefert dafür einen keineswegs erquicklichen Beweis.

[171] Diess thut eine Reihe deutscher Einführungsgesetze: Braunschweig, Einf.-Patent § IX. u. Lippe-Detmold, Einf.-Patent § 8; Baden, Einf.-Edikt § 7; Einf.-Gesetz § 8; Weimar, Einf.-Gesetz A. 9; Schwarzburg-Sondershausen A. 9; Schwarzburg-Rudolstadt A. 9; Coburg A. 6; Gotha A. 7; Meiningen A. 6; Reuss, J. L. A. 6; Königreich Sachsen (1855) § 8.

oder den Antragsberechtigten ausnahmsweise ein veto gegen die Weiterführung der Untersuchung ertheilte, oder aber am einfachsten indem sie die Strafpflicht des Staates bezüglich der schon anhängig gemachten Fälle nicht als eine doppelt sondern als eine nur einfach bedingte charakterisirte.

Wenn die Gesetzgebung uns aber schweigend vor jenen Widerspruch stellt, wie es das deutsche Gesetzbuch thut, so öffnet sich eine Lücke im Gesetz[172], und gelingt es nicht diese aus dem ungesetzten Rechte zu füllen, so müssen alle schon in der Untersuchung befindlichen Fälle straflos bleiben[173]. Es giebt nun allerdings einen Weg diese Straflosigkeit zu ver-

---

[172] Richtig erkannt von Heinze a. a. O. S. 70 »§ 2 d. B.-St.-G. enthält keine spezielle Bestimmung über unsre Frage.« — Vgl. auch Klebs bei Goltdammer XIX. S. 575. Die Lücke bleibt aber ungeschmälert bestehen, auch wenn man (vgl. oben n. 48) die Erklärung eines Delikts zum Antragsdelikt für eine Satzung des materiellen Rechts hält.

[173] Ich behaupte, das deutsche Gesetzbuch habe diesen Widerspruch nicht ausdrücklich gelöst, und trete damit der Behauptung entgegen, diese Lösung sei durch den § 2 gegeben, indem das neue Gesetz, welches den Strafantrag zur Bestrafung verlange, das »mildeste Gesetz« im Sinne des § 2 sei.

1) Das neue Gesetz, welches den Antrag zur Bestrafung fordert, ist nicht »das mildeste« im Sinne des § 2. a. Dieser § setzt fest, welche Strafe auf eine Handlung Anwendung zu finden habe, und fordert zunächst, dass die anzuwendende Strafe vor der Handlung ihr »gesetzlich bestimmt« gewesen sei. Wenn nun Al. 2 fortfährt: »Bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburtheilung ist das mildeste Gesetz anzuwenden«, so kann nach allen Interpretationsregeln diese Verschiedenheit der Gesetze nur auf ihre Strafsanktionen bezogen werden und das »mildeste Gesetz« ist das mit der mildesten Strafsanktion. In dieser Beziehung sehr richtig die Ausführungen bei Goltdammer XIX. S. 74. Vgl. auch Heinze a. a. O. 70. 71. Das »mildeste Gesetz« wird ja — und es haben das die beiden Urtheile des O.-A.-G. zu Berlin vom 15. März 1871 und des Obertribunals vom 24. März 1871 sehr richtig betont — von Al. 2 als ein solches bezeichnet, welches bei der Aburtheilung anzuwenden sei d. i. aber ein Strafgesetz nur, soweit es Strafe droht oder Straflosigkeit statuirt. Auch der Ideengang von § 1 zu § 2 bestärkt diese Auslegung. — b. Wäre aber auch in § 2 weniger klar enthalten, dass »das mildeste Gesetz« nur die mildeste Strafsanktion bedeute, das neue Gesetz, welches den Strafantrag verlangte, wäre doch nicht »das

meiden. Allerdings erklärte das norddeutsche Strafgesetz vom 1. Januar 1871 an den Ehebruch zum Antragsvergehen, wäh-

---

mildeste«. A. M. Seeger, Rückwirkende Kraft 173. 174; v. Bar a. a. O. S. 75; Specht das. S. 217 ff. mit ganz unzureichenden Gründen; ferner Urtheil des O.-A.-G. zu Rostock bei Goltdammer XIX. S. 606. Oder fährt denn der Verbrecher besser, der wegen derselben Handlung auf Antrag zu zwei Jahren Gefängniss verurtheilt wird als derjenige der in Folge der Offizialverfolgung die gleiche Strafe duldet? Das mildere Strafgesetz von zweien ist allein das, welches der gleichen Handlung eine mildere Strafe droht. Wird ja doch das Requisit des Strafantrags keineswegs zur Begünstigung der Verbrecher aufgestellt. Und welches Gesetz wollten denn die Gegner als das mildere bezeichnen, wenn wie im D.-G.-B. § 123 vgl. mit Preussen § 346 n. 1 die Strafe erhöht, dagegen neuerdings zur Verfolgung der Strafantrag erfordert wird?

2) Wäre aber auch wirklich das neue den Antrag heischende Gesetz das mildeste im Sinne des § 2, was wäre die Consequenz? Straflosigkeit aller schon bei dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes anhängigen Fälle dieser Art. Denn der zu fordernde Antrag ist ein Antrag auf Eröffnung der Verfolgung und kann später nicht nachgeholt werden, sowie er nicht vor Eröffnung der Untersuchung und zugleich vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes, gleichsam anticipando, mit der Wirkung gestellt werden kann, die reine Offizialverfolgung in eine Offizialverfolgung auf Antrag zu verwandeln. A. M. Oppenhoff, XII. S. 431; Urtheil des Obertrib. v. 6. Sept. 1871 c/. Wilke; v. Bar a. a. O. S. 76. Hätte v. B. Recht, so müsste auch eine Rücknahme des Antrags vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes den Prozess stillstellen. Gegen v. Bar auch Fuchs an dems. Orte S. 85. Dieses Antragsrecht kann der dazu Erlesene erst mit der Rechtskraft des neuen Gesetzes erhalten, also oft genug erst nach Ablauf von drei Monaten nach erlangter Kenntniss von der Handlung und ihrem Thäter (§ 61), in welchem Fall das Recht gar nicht zur Entstehung kommt. A. M. Fuchs bei Goltdammer XIX. S. 83, der die Antragsfrist erst von dem Tage der Rechtskraft des neuen Gesetzes an laufen lassen will. Dagegen Klebs a. a. O. S. 575. 576, der diess nur de lege ferenda billigt. Wie mir scheint bestimmt aber § 61 diesen Anfangspunkt der Verjährungsfrist viel zu genau, als dass man ihren Lauf anders als mit der Kenntnissnahme der Person und der That beginnen lassen könnte. Haben die Bestimmungen des § 61 ff. zugleich eine materiellrechtliche und eine prozessualische Bedeutung, so hat der Verlauf von drei Monaten im § 61 den Sinn, der Staat habe nach dem Ablauf dieser Zeit, einerlei ob sich diese als wahre Verjährungszeit einer Befugniss darstelle oder nicht, aus diesen Handlungen eine Strafpflicht nicht mehr. Dafür dass dem § 61 wie dem § 2 zugleich materiellrechtliche und prozessualische Bedeutung zu-

rend er diess nach dem preussischen Gesetze nicht war: die Strafpflicht des Norddeutschen Bundes wurde dadurch zu einer für Ehebruch doppelt bedingten und scheinbar sofort von demselben 1. Januar an; indem aber diese zweite Bedingung gesetzt wird in einen bestimmten Akt vor Eröffnung des Strafverfahrens wegen Ehebruchs, zu welchem Akt das Recht des unschuldigen Gatten erst mit demselben 1. Januar erlangt wird, so kann und muss man sagen, das norddeutsche Strafgesetzbuch wollte für die am 1. Januar schon anhängigen Ehebruchssachen das Erforderniss der zwiefachen Bedingtheit der staatlichen Strafpflicht noch aussetzen; durch einen ungesetzten Rechtssatz ist für die ganze Gruppe neuer Antragsdelikte, die nach dem Gesetz offiziell verfolgt werden müssten und deren Offizialverfolgung an dem 1. Januar 1871 schon begonnen gehabt hatte, der Eintritt der Rechtskraft des neuen Gesetzes noch suspendirt [174]. Dieser ungesetzte Rechtssatz lässt sich nachweisen [175],

---

komme, s. auch Hälschner bei Goltdammer XIX. S. 369, der daraus nun anders folgert. Wäre dieser Tilgungsgrund durch Zeitablauf aber auch nicht vorhanden, ausgeübt könnte das Antragsrecht ja doch nicht werden. Da nur der schon gestellte Antrag zurückgenommen werden kann, so ist der Antragsberechtigte auch ausser Stande den Fortgang des Prozesses zu hindern. Dieser würde also bis zu Ende laufen und mit einem freisprechenden Erkenntniss mangels der 2. Bedingung der Strafbarkeit enden. — Wenn nun aber dieselbe Handlung sowohl vom alten als vom neuen Gesetz mit Strafe bedroht wird, so sagt der Gesetzgeber damit implicite, ich will, dass diese Handlungen auch nicht zu einem Theile straflos ausgehen, und dieser zweifellose Rechtssatz müsste uns veranlassen, den Ausdruck »das mildeste Gesetz« in § 2 verengend auszulegen, so dass er sich auf die neuen »milderen Gesetze«, die milder wären sofern sie den Strafantrag erheischten nicht mitbezieht.

[174] Ich kann desshalb Heinze a. a. O. S. 72 nicht beistimmen, wenn er sagt: »Ist aber die Frage in § 2 nicht entschieden, so ist die Landesgesetzgebung zur Regelung berechtigt.«

[175] In der Sache haben desshalb die oben n. 166 citirten Urtheile mit Ausnahme des Rostocker ganz recht entschieden, obgleich sie die eigentliche Schwierigkeit der Frage dadurch dass sie sie lediglich als eine prozessualische fassten nicht erkannt haben. Für unrichtig dagegen ist das Urtheil des Obertribunals v. 10. Mai 1871 c/. Jahns (bei Oppenhoff, Rechtssprechung XII. S. 257) zu halten: die Nichtigkeitsbeschwerde war begründet und musste Freisprechung erfolgen. Richtig dagegen wieder

nicht aber lässt sich behaupten, dass die schweigende Gesetzgebung für die schwebenden Fälle den Antrag als gestellt fingirt oder den Antragsberechtigten ausnahmsweise ein veto gegen die Fortführung der Untersuchung gegeben oder den Antrag nachverlangt wissen will[176].

3. Die Handlung war früher rechtswidrig aber straflos und ist jetzt strafbar. Nicht desshalb hat die vor dem neuen Gesetze begangene noch nicht rechtskräftig abgeurtheilte Handlung auch jetzt straflos zu bleiben, weil der Friedbrecher durch seine rechtswidrige Handlung auf Grund des alten Gesetzes ein Recht auf Straflosigkeit erlangt hat (durch Bestrafung geschähe ihm kein Unrecht), sondern aus einem andern Grunde. Die alte Pflicht des Staates lautete: Du darfst diese Handlung nicht strafen. So lange das alte Gesetz blieb, erzeugten diese Handlungen eine Strafpflicht des Staates nicht. Wenn das neue Gesetz sie im Gegentheil für strafbar erklärt, so heisst diess: von dem Einführungstage an erhalten diese Handlungen die Kraft mich in der statuirten Weise zu verbinden. Eine Strafpflicht, die durch eine Handlung vor dem neuen Gesetze noch nicht begründet ist, kann durch das neue Gesetz nicht aus jener Handlung plötzlich hervorgezaubert werden. Da eine nicht entstandene Strafklage nicht verjähren kann, so würde bei einer entgegengesetzten Auslegung des Strafgesetzes durch die neue Verpönung dem Staat eine Strafpflicht für alle früher begangenen Handlungen derselben Art innerhalb seines Juris-

---

die Urtheile des Obertrib. v. 19. Juni 1871 c/. Beckmann (bei Oppenhoff XII. S. 232); v. 30. Juni 1871 c/. Bolgani (das. S. 350); v. 14. Sept. 1871 c/. Sagemerten (das. S. 452).

[176] Falsch Schwarze bei Holzendorff II. S. 29; ferner das bei Goltdammer XIX S. 183 mitgetheilte Urtheil des Appellationsgerichts Posen, welches die Nachbringung des Antrags für erforderlich hielt: ausführlich vertheidigt von Specht bei Goltdammer XIX. S. 235 ff. Dagegen bemerkt das Urtheil des Schwurgerichtshofs Altona v. 23. Jan. 1871 (bei Goltdammer XIX. S. 236) sehr verständig, dass durch eine nachträgliche Befragung der antragsberechtigten Personen »die Voraussetzung, von welcher (das N. D. G.-B.) die Verfolgung . . . . abhängig macht, keineswegs herstellig gemacht werden würde«. Trefflich hierüber auch Heinze a. a. O. S. 69.

diktionsbezirkes erwachsen: mit andern Worten, die neue Strafpflicht würde die alte Nichtstrafpflicht nicht an einem bestimmten Tage ablösen, sondern jene würde diese auch nach rückwärts für die Zeit, in welcher sie bestanden hat, negiren und aufheben. Man kann aber wohl etwas Lebendiges vernichten, nie aber bewirken, dass es nicht existirt hat.

§ 14. B. *Wandelung der Norm bei unverändertem Strafgesetz.*

Die Vorstellung stutzt vor diesem Problem. Ist das Verbrechen strafbare Normwidrigkeit, so hat ja jede Umwandlung in der Norm eine Veränderung des Thatbestandes ihrer Uebertretung zur notwendigen Folge: und da sich ja grade durch ihren Thatbestand die Delikte unterscheiden, so entsteht in Folge der Normverwandlung notwendig ein neues Delikt. Nun wird das Strafgesetz gebildet durch den Thatbestand mit seiner Straffolge; damit es unverändert genannt werden könne, müssen beide Theile dieselben bleiben. So scheint einerseits der Beweis für die Unlösbarkeit jenes Problems geliefert; andrerseits zeigt ein Blick auf die Blankettstrafgesetze, dass auch bei der grössten Umwandlung der Normen, wenn heute verboten wird, was gestern geboten war, formell dasselbe Strafgesetz auf die heterogensten Handlungen Anwendung findet[177]. Es ist kein Widerspruch, dass derjenige, der thut was gestern verboten war, heute, nachdem das Gegentheil davon verboten ist und seine Handlung als erlaubt erscheint, dennoch auf Grund des gestern wie heute geltenden Blankettgesetzes heute gestraft werde; und der eifrigste Verfechter der rückwirkenden Kraft des milderen Strafgesetzes dürfte für unseren Delinquenten kaum eine Lanze brechen. Wie vereinbart sich jene scheinbare Unmöglichkeit mit dieser Wirklichkeit?

---

[177] Man fasse z. B. D. St.-G.-B. § 145 ins Auge: »Wer die vom Kaiser zur Verhütung des Zusammenstossens der Schiffe auf See erlassenen Verordnungen übertritt, wird mit Geldstrafe bis zu 500 Thlrn. bestraft.« — Beachtenswert über die Notwendigkeit soleher Blankettgesetze Jolly, d. Polizeistrafgesetzbuch f. Baden C. 4 ff. bes. S. 6 u. 7.

Ein Blankettgesetz ohne einen wenn auch noch so vagen Thatbestand lässt sich nicht denken; wenn unter diesen die Verletzungen ganz verschiedener Normen sollen subsumirt werden können, so muss er das allen begrifflich Gemeinsame angeben. Wenn die Normwidrigkeit von gestern der von heute polar entgegengesetzt ist: darin und darin allein gleichen sich beide, dass sie in formellem Widerspruch gegen die verschiedenen Gesetze und Verordnungen sich befinden. Daraus ergiebt sich: die gleiche Strafdrohung für die möglicherweise so verschiedenen Handlungen hat ihre Wurzeln unmöglich in dem Verschiedenen der Handlungen, also in ihren Thatbeständen, unmöglich also in der selbständigen Bedeutung der Normen, denen sie zuwiderlaufen; vielmehr lediglich und allein in dem Formalen der Norm, dass sie ein Satz ist, der Gehorsam fordert, und in dem Formalen ihrer Verletzungen, dass alle nemlich sich als Ungehorsam darstellen. In wieweit diese Verletzungen die Gesellschaft schädigen, ihre Güter beeinträchtigen oder nicht, diess bleibt dabei völlig unberücksichtigt. Und diess grade allein ermöglicht Strafgesetze, die unverändert bleiben, während die Normen wechseln, da der Ungehorsam in den verschiedenen Normverletzungen der gleiche bleibt.

Dieses Ungehorsamsmoment fehlt keiner einzigen Normwidrigkeit. Es liesse sich eine besondere Ungehorsamsstrafe denken, welche für alle Normwidrigkeiten vom Mord herab bis zur Vernachlässigung eines Gossensteins die gleiche wäre und höchstens eine Abstufung in Rücksicht auf die Autorität desjenigen, der die Norm aufstellt — Reich, Staat, autonomischer Kreis — erleiden würde[178]: es würde sich dann aber herausstellen, dass der Strafgehalt gewisser Normwidrigkeiten in dieser Ungehorsamsstrafe völlig erschöpft sein würde, während bei andern dieses Moment gegen seine Begleiter gehalten bis zur verschwindenden Kleinheit zusammenschrumpfen würde[179].

---

[178] Dem § 5 des Einf.-Gesetzes z. deutsch. St.-G.-B., der der Partikulargesetzgebung verhältnissmässig geringe Strafmittel überlässt, liegt dieser Gedanke nicht, wohl aber ein ähnlicher zu Grunde.

[179] Ich werde weiter unten des Näheren auf diesen Punkt zurückzukommen haben, bei der Betrachtung des polizeilichen Unrechts.

Ein solches Strafgesetz gegen den Ungehorsam als solchen wäre das grösste Mischgesetz, was sich denken liesse; selbst die §§ 360 ff. mit ihren bis zu fünfzehnziffrigen Thatbeständen würden dagegen nur mikroskopische Kleinheit besitzen. Dabei muss man sich aber hüten nun bei allen Mischgesetzen die Gleichheit der Strafdrohung aus einer einseitigen Betonung des Ungehorsamsmomentes in den verschiedenen Thatbeständen erklären zu wollen.

V. Die Arten der Verwertung der Normen in den Strafgesetzen, erläutert am deutschen Strafgesetzbuche.

§ 15. A. *Eine Norm — ein Strafgesetz.*

Zu tiefen und interessanten Einblicken in die Werkstätte der Verbrechensbegriffe führt die Betrachtung, wie die Normen bei der Strafgesetzgebung verwandt werden. Aus ihren Elementen sehen wir dann die Strafgesetze[180] mit ihrer Masse von Verbrechen vor unsern Augen entstehen; die Verwandtschaften dieser Verbrechen und ihre Verschiedenheiten treten dabei bis auf den Grad genau bestimmt an den Tag, und ein reicher Stoff zu hellerer Beleuchtung des strafbaren im Gegensatz zum nicht strafbaren Unrecht bietet sich dabei dar.

Die Aufgabe der Strafgesetzgebung ist eine dreifache. Da nicht die Uebertretungen aller Normen mit Strafe belegt werden, so gilt es die Normen zu bestimmen, deren Gegensätze Strafe erfordern; da nur ausnahmsweise die sämmtlichen schuld-

---

[180] Um kein Missverständniss aufkommen zu lassen, hebe ich hervor, dass ich in Folgendem unter Strafgesetz verstehe den Thatbestand oder die Summe von Thatbeständen, an welchen und an welche das Recht eine Strafsanktion knüpft oder welche das Recht in einer Erklärung ausdrücklich für straflos erklärt. Ich gebrauche trotz des leidenschaftlichen Zornes von Schütze, Nothwendige Theilnahme S. 10 ff. und trotzdem in der Geschichte das corpus delicti im Gegensatz zum animus delicti ursprünglich eine ganz andere und zwar prozessualische Bedeutung hatte, das Wort Thatbestand als ein sehr bezeichnendes für den ersten Theil (die Bedingung) sowohl in den Straf- als auch in den Civilrechtssätzen.

haften Verletzungen einer Norm als strafbar erscheinen, gilt es zu bestimmen, in welchem Umfange Normverletzungen zu Verbrechen zu erheben sind; da die verschiedenen Verbrechen und innerhalb desselben Gattungsverbrechens die verschiedenen Erscheinungen desselben nicht auf der gleichen Stufe der Strafbarkeit stehen, so gilt es der verschiedenen Schwere der Delikte die entsprechenden Strafen anzupassen. Die erste Aufgabe wird mit und in der Erledigung der beiden andern mit erledigt.

Die einfachste Verwertung einer Norm durch den Strafgesetzgeber bestände nun darin, dass aus der Gesammtheit ihrer schuldhaften Uebertretung ein Thatbestand gemacht und an diesen eine Strafdrohung geknüpft würde. Unser deutsches Gesetzbuch stellt aber nie das vorsätzliche Delikt unter dieselbe Strafsanktion mit der Gesammtheit der fahrlässigen Verletzungen derselben Norm [181]. Wohl aber kommt es, wie z. B. beim Ehebruch § 172 und sonst häufig vor, dass aus einer Norm »Ihr sollt nicht ehebrechen« nur ein Strafgesetz gegen die vorsätzliche Uebertretung derselben gemacht wird und eine weitere Verwertung der Norm für das Strafrecht nicht stattfindet.

B. *Eine Norm — eine Mehrheit von Strafgesetzen.*

§ 16. 1. Nachweis der Erscheinung.

Die mehrfache Verwendung einer Norm zur Bildung von Strafgesetzen kehrt in zwei Gestalten wieder: entweder entsteht die Mehrheit der Strafgesetze einzig und allein aus der einen Norm [182] oder aber diese wird zusammen mit andern zum

---

[181] Es gilt hier für das Gesetzbuch noch Alles das, was ich in meiner Kritik des Entwurfes S. 59 ff. ausgeführt. Vgl. insbes. die »Grundsätze der Auslegung des Entwurfes bezüglich des Schuldmoments«. S. 62. 63.

[182] So die § 211—217 u. § 222 des deutschen Strafgesetzbuchs aus der Norm wider Tödung des geborenen Menschen. Vgl. Militärstrafgesetzbuch § 190; s. auch § 145 und St.-G.-B. § 207.

Bau benutzt[183]. Im ersten Fall wird man, wenn die fahrlässige Uebertretung mit bestraft ist, die schuldhafte Uebertretung der Norm, ist aber nur die vorsätzliche Handlung mit Strafe belegt, diese als Gattungsverbrechen und die einzelnen Thatbestände dann als hervorgehobene Unterarten bezeichnen dürfen.

Eine ungemeine Produktivität an Strafgesetzen kommt den Normen wider Tödung, Körperverletzung, Vergewaltigung, Ehrenkränkung, Sachbeschädigung zu. Aus der Norm wider die Tödung werden zunächst die beiden Verbrechen der vorsätzlichen und der fahrlässigen Tödung gebildet. Je nach der Kaltblütigkeit, die bei der Tödung vorhanden ist oder fehlt, wird innerhalb der vorsätzlichen Tödung der Mord (§ 211) von dem Todschlag (§ 212) unterschieden. Aus dem Todschlag werden wieder ausgesondert einerseits behufs höherer Bestrafung der Todschlag an Ascendenten (§ 215) und der Todschlag bei Unternehmung einer strafbaren Handlung, um ein der Ausführung derselben entgegentretendes Hinderniss zu beseitigen oder um sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen (§ 214), andrerseits behufs milderer Bestrafung der Todschlag eines seitens des Getödeten ohne eigenes Verschulden schwer Gereizten (§ 213). Aus dem Gesammtgebiet der vorsätzlichen Tödung wird die Tödung des Militärstrafgesetzbuchs (§ 145 a. E.) behufs Strafschärfung hervorgehoben und es scheiden behufs milderer Behandlung die Tödung des Einwilligenden und der sog. Kindsmord aus (§ 216 u. 217). Die Tödung mittels vorsätzlicher Uebertretung der Zweikampfsregeln wird in § 207 unter die allgemeinen Vorschriften über vorsätzliche Tödung gestellt. Aus der fahrlässigen Tödung treten als schwerer strafbar die Fälle hervor, wo Jemand trotz besonderer Amts-,

---

[183] So hat dieselbe Norm wider Tödung noch helfen müssen zur Bildung von § 80; 81, 1; 178; 206; 220; 221; 226; 227; 239; 251; 307, 1 u. 2; 312; 315; 316; 321; 322, 2; 323; 324; 326. Im Ganzen also zu 28 §§ des D. G.-B. Vgl. auch noch Militärstrafgesetzbuch § 147. 148. — Diese letzteren Fälle, in welchen mehrere Normen gleichzeitig zum Bau von Strafgesetzen verwendet sind, werden erst unter C. behandelt werden.

Berufs- oder Gewerbepflicht fahrlässig tödet (§ 222) und wo eine der Militärgerichtsbarkeit unterworfene Person durch unvorsichtige Handhabung der Waffen Jemanden tödet (Mil.-Str.-G.-B. § 190).

Reicher noch sind die Gesichtspunkte, welche bei der Bildung der Strafgesetze aus den Uebertretungen der Norm »Ihr sollt die Körperintegrität eines Andern nicht verletzen!« obgewaltet haben [184]. Zunächst begegnet die gleiche Scheidung der fahrlässigen von der vorsätzlichen Körperverletzung (§ 223 u. 230); die gleiche Hervorhebung der fahrlässigen Körperverletzung Seitens einer zu besonderer Aufmerksamkeit durch Amt, Beruf oder Gewerbe verpflichteten Person (§ 230, 2) und durch die unvorsichtige Handhabung der Waffen seitens einer der Militärstrafgerichtsbarkeit unterworfenen Person (Militärstrafgesetzbuch § 190): beide behufs höherer Bestrafung. Innerhalb der vorsätzlichen Körperverletzung treten folgende Scheidungen ein: 1) auf Grund der verletzten Person wird qualificirt die Körperverletzung gegen Ascendenten (223, 2); die nicht hochverräterische gegen den Kaiser, den Landesherrn des Thäters, den Landesherrn des Staates, wo der Thäter sich aufhält (§ 94), gegen ein Mitglied des landesherrlichen Hauses seines Staates oder des Staates, wo sich der Thäter aufhält, gegen den Regenten seines Staates oder des Staates, in welchem der Thäter sich aufhält (§ 96), gegen einen Bundesfürsten (§ 98), gegen ein Mitglied des bundesfürstlichen Hauses, den Regenten eines Bundesstaates (§ 100) [185]; die Misshandlung oder kör-

---

[184] Auch hier betrachte ich zunächst, soweit es möglich, nur diejenigen Strafgesetze, die sich allein auf diese Norm zurückführen lassen.

[185] Es tritt uns hier im deutschen Gesetzbuche eine keineswegs zu billigende gesetzliche Sprachweise entgegen. In den §§ 94, 96, 98, 100 ist die »Thätlichkeit« gegen die benannten Personen unter Strafe gestellt. Dieser Ausdruck, der noch in § 167, 185 und in adjektivischer Form in § 113, 116, 2 und 117 wiederkehrt, ist insofern verwerflich, als er eine Reihe von Verletzungen der verschiedensten Normen unter sich fasst: die Normen wider Körperverletzung, Beleidigung, Vergewaltigung, Freiheitsberaubung. So dass diese §§ zu den von mir sog. Mischgesetzen gehören. — Es könnte mir Jemand nun noch den Vorwurf machen, dass

perliche Verletzung begangen im Kriege von einer der Militärgerichtsbarkeit unterworfenen Person an kranken verwundeten oder unter besonderen militärischen Schutz gestellten fremden Unterthanen oder gefangenen feindlichen Militärpersonen (Mil.-Str.-G.-B. § 145). 2) Auf Grund der delinquirenden Persönlichkeit wird die leichte und die schwere Körperverletzung begangen seitens eines Beamten in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes mit geschärfter Strafe belegt, die wieder beim Vorhandensein mildernder Umstände gemildert wird (§ 340). Unter besondere Strafdrohungen treten Schlägereien, leichte und schwere körperliche Beschädigungen begangen unter Unteroffizieren oder Gemeinen (Mil.-Str.-G.-B. § 176); ferner die thätliche Misshandlung begangen seitens der Offiziere oder Vorgesetzten niederen Ranges gegen ihre Untergebenen (das. § 183), die erst, wenn die Misshandlung eine schwere körperliche Verletzung zugefügt hat, nach den allgemeinen Landesgesetzen zu beurtheilen ist (das. § 184). Für diese beiden letzten Fälle bestimmt wieder § 186 desselben Gesetzes, dass bei der Strafzumessung auf die Grösse und die Folgen des zugefügten Unrechts, sowie auf den militärischen Rang des Gemisshandelten Rücksicht zu nehmen und es auch als ein erschwerender Umstand anzusehen sei, wenn die Misshandlung gegen einen unverkennbar Trunkenen verübt worden ist. 3) Auf Grund des eingetretenen Erfolges wird die schwere Körperverletzung und zwar in doppelter Gradation qualificirt, je nachdem der schwere Erfolg beabsichtigt war oder nicht beabsichtigt war (§ 224. § 225); vorsätzliche un-

---

diese Handlungen, wenigstens die des § 94 keineswegs nur, soweit natürlich die Körperverletzung bei ihnen in Frage kommt, qualificirte Unterarten dieses Delikts, sondern vielmehr damit konkurrirend noch Verbrechen gegen den Staat darstellten, somit eine Mehrheit von Normen verletzten (s. gleich unten). Diess ist aber entschieden falsch, grade weil die hochverräterische Absicht als fehlend vorausgesetzt wird: vielmehr ist nur die erhabene Stellung der angegriffenen Personen Grund der Strafschärfung. Ueber den Begriff der Thätlichkeit vgl. Schwarze, S. 302; Oppenhoff zu § 94 n. 2. 3. u. 4. Schütze, S. 248, der wohl zu weit geht.

beabsichtigte schwere Körperverletzung bedenkt § 228 mit milderer Strafe, sofern mildernde Umstände vorliegen; diese mildernden Umstände werden aber dadurch paralysirt, dass die Handlung gegen Ascendenten begangen worden ist (§ 228, 2). 4) Auf Grund des angewandten Mittels wird die Vergiftung und zwar wieder in doppelter Gradation qualificirt (Deutsch. Str.-G.-B. § 229, 1 u. 2).

Die Körperverletzung mittels vorsätzlicher Uebertretung der Zweikampfsregeln wird in § 207 unter die allgemeinen Vorschriften über vorsätzliche Körperverletzung gestellt. Endlich bestimmt § 233, dass leichte Körperverletzungen, wenn auf der Stelle mit solchen oder mit Beleidigungen erwidert, nach richterlichem Ermessen mit milderer oder überhaupt mit keiner Strafe belegt werden dürften [186].

§ 17. 2. Normwidrigkeitsmerkmale — Strafbarkeitsmerkmale.

Diese Zerlegung der einer und derselben Norm zuwider laufenden Handlungen in eine Anzahl von Unterarten geschieht zu keinen andern als den oben schon angegebenen zwei Zwecken: der Strafgesetzgeber bezeichnet dadurch die Normwidrigkeiten, welche Strafe verdienen oder nicht verdienen, und er fixirt die Stufen der Strafbarkeit, auf welchen die Verbrechen stehen. Die sämmtlichen Thatbestände, welche aus den Verletzungen einer einzigen Norm gebildet werden, sind nur Thatbestände verschieden strafbarer, nicht verschiedener rechtswidriger Handlungen. Es führt diese Wahrnehmung zu einer noch zu wenig beachteten Unterscheidung innerhalb der gesetzlich wesentlichen Merkmale sämmtlicher verbrecherischen und nicht verbrecherischen Thatbestände.

Alle diese Thatbestände tragen die allgemein wesentlichen Merkmale an sich, dass sie schuldhaft normwidrige

---

[186] Wenn bestimmte Normübertretungen wie in § 232 leichte vorsätzliche und fahrlässige Körperverletzungen zu Antragsverbrechen erklärt werden, so sind es eben nicht nur Strafprozess- sondern auch Straf-Gesetze, die so gebildet werden.

Handlungen sind, die besonders wesentlichen Merkmale, dass sie einer bestimmten Norm widerstreiten[187]. Nun ist die Norm genötigt die Handlung, die sie verbietet oder befiehlt, begrifflich genau zu bezeichnen. Sie ordnet an: Ihr sollt nicht eine menschliche Frucht töden! oder: Ihr sollt nicht einen Zweikampf mit tödlichen Waffen vornehmen! Ihr sollt Niemanden in Sklaverei versetzen! Eine wirkliche Handlung, soll sie normwidrig sein, muss jener begrifflichen Schilderung der Norm genau entsprechen, d. h. sie muss die sämmtlichen Merkmale, mit welcher die Norm sie charakterisirt, an sich tragen — eine menschliche Frucht muss getödet, ein Zweikampf mit tödlichen Waffen vorgenommen, ein Mensch in Sklaverei versetzt sein. Da aber die Normen Verbote und Gebote mit Ausnahmen sind, so wird zur normwidrigen Handlung ausser ihrer begrifflichen Uebereinstimmung mit der von der Norm und ihrer Ausnahme in gleicher Weise geschilderten That, noch ein weiteres Merkmal erfordert: dass sie nämlich unter die Norm und nicht unter ihre Ausnahme falle. Ich nenne alle Merkmale, welche eine Handlung als Verletzung einer bestimmten Norm charakterisiren, so lange bis mir Jemand einen bessern Namen verrät, ihre Normwidrigkeitsmerkmale, dagegen alle Merkmale derselben Handlung, womit der Gesetzgeber sie als straflos oder als strafbar und auf einer bestimmten Stufe der Strafbarkeit stehend charakterisirt, nenne ich ihre Strafbarkeitsmerkmale[188].

Wenn nach sächsischem Strafgesetzbuche § 296 die eines nicht ausgezeichneten Diebstahls, die einer Erpressung, eines

---

[187] Fügt man diesen Merkmalen noch das der Strafbarkeit bei, so gewinnt man die allgemein wesentlichen Merkmale des Verbrechens.

[188] Der richtigen Unterscheidung sehr nahe Wächter, Sächs. Strafrecht in dem interessanten § 44 »die Strafmomente und die strafrechtlich indifferenten Momente« S. 294—296. Die Bezeichnung »Strafbarkeitsmerkmale« könnte zu der irrigen Ansicht verleiten, als ob diese zweite Klasse von Merkmalen sich auf das strafbare Unrecht beschränkte: richtiger weil allgemeiner wäre der Ausdruck »Intensitätsmerkmale« oder »Grademerkmale«. Nur aus Zweckmässigkeitsgründen ziehe ich hier den engeren Ausdruck vor.

Betruges, einer Unterschlagung Schuldigen dadurch gänzlich straflos werden, »dass der Thäter zu einer Zeit, wo er sich noch nicht für entdeckt hielt, durch Rückgabe oder Werterstattung vollständigen Ersatz leistet«, wenn § 310 des deutschen Gesetzbuches sagt: »hat der Thäter den Brand, bevor derselbe entdeckt und ein weiterer als der durch die blosse Inbrandsetzung bewirkte Schaden entstanden war, wieder gelöscht, so tritt Straflosigkeit ein«, und nach dem deutschen Strafgesetzbuch § 233 die Strafbarkeit leichter Körperverletzungen durch ihre Retorsion gemildert oder ausgeschlossen werden kann, so erkennt Jeder diese Gründe der Straflosigkeit sofort als Strafbarkeitsmerkmale in unserem Sinne, weil sie ganz äusserlich neben die Normwidrigkeitsmerkmale treten um deren Straflosigkeit zu charakterisiren. Allein diess ist der seltenste Fall, wie sich grade an dem Beispiel der Körperverletzung gut darlegen lässt. § 223 belegt denjenigen, der vorsätzlich einen andern in seiner Körperintegrität verletzt, mit Gefängniss bis zu drei Jahren oder Geld bis zu dreihundert Thalern. Hierin sind folgende Normwidrigkeitsmerkmale enthalten. Dem »Ihr« der Norm entspricht das »Wer« des Gesetzes; dem »einen Anderen« der Norm das »einen andern« des Gesetzes; dem »Ihr sollt nicht die Körperintegrität verletzen!« das »wer verletzt« des Gesetzes. Stände statt »vorsätzlich« im Gesetze das allgemeinere »schuldhaft«, so wäre der Thatbestand aus lauter reinen Normwidrigkeitsmerkmalen gebildet[189].

Ein wesentlich anderes Bild bietet schon § 223, 2 dar, den ich meinem Zwecke entsprechend dahin umforme: »Wer vorsätzlich einen Ascendenten in seiner Körperintegrität verletzt, soll mit Getängniss nicht unter einem Monat bestraft werden.« Das reine Normwidrigkeitsmerkmal »einen Andern« ist hier ersetzt durch »einen Ascendenten«. Wäre der Ascendent, der verletzt worden ist, nicht auch »ein Anderer«, so fiele die Hand-

---

[189] Dass diese im Vergleich zu Verletzungen anderer Normen zugleich wieder als Strafbarkeitsmerkmale fungiren, dass in ihnen z. B. der Grund liegt, warum Körperverletzung niedriger bestraft wird als Tödung, gehört hier noch nicht her.

lung gar nicht mehr unter die Norm wider die Körperverletzung. Der Ascendent ist aber eine Spezies des Genus, welches aus allen Menschen ausser dem Thäter besteht: insoweit bildet er ein Merkmal, welches seine Verletzung als im Widerspruch mit der Norm wider Körperverletzung stehend charakterisirt; insoweit ist er Normwidrigkeitsmerkmal, welches hier nicht in seiner Allgemeinheit sondern auf eine seiner Arten beschränkt auftritt. Warum aber tritt diese Spezialisirung des Angriffsobjektes auf die Ascendenten ein? Ersichtlich weil hierin der Gesetzgeber einen Grund höherer Strafbarkeit des Delikts findet. Der Ascendent ist also Normwidrigkeitsmerkmal sofern er ein Anderer und Strafbarkeitsmerkmal sofern er mit dem Thäter in aufsteigender Linie verwandt ist. In den Strafgesetzen gegen schwere Körperverletzung (§ 224 u. 225) und gegen Körperverletzung durch Gift (§ 229) sind beide Handlungen als Körperverletzungen Normwidrigkeitsmerkmale, als bestimmte Arten der Körperverletzung Strafbarkeitsmerkmale. Formuliren wir § 340, 2 dahin: »Ein Beamter, welcher in Ausübung seines Amtes oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes vorsätzlich eine schwere Körperverletzung (und nun erlaube ich mir einen kleinen Zusatz) an seinem Ascendenten begeht, soll so und so bestraft werden«, so liegt eine Satzung vor, in welcher alle Normwidrigkeitsmerkmale nur durch Spezies repräsentirt sind und in welcher alle diese Spezies zugleich als Strafbarkeitsmerkmale fungiren. Es steht

statt »Wer«: »Ein Beamter, der«
statt »einen Andern«: »einem Ascendenten«
statt »schuldhaft«: »vorsätzlich«
statt »verletzt«: »eine schwere Körperverletzung in Ausübung seines Amtes zufügt«.

Strafbarkeitsmerkmale, wenn sie nicht wie die thätige Reue oder die Retorsion erst hinter der verbotenen Handlung drein hinken, können nur Modalitäten der Normwidrigkeitsmerkmale sein; sobald sie mit einem Normwidrigkeitsmerkmal in Widerspruch treten würden, sobald z. B. an Stelle des fremden Menschen, der bei der Körperverletzung geschädigt werden muss, fremdes Vieh treten würde, fiele ja die ganze Handlung

aus dem Herrschaftsgebiet der Norm wider Körperverletzung heraus. Insoweit nicht der äusserst seltene Fall eintritt, dass die sämmtlichen schuldhaften Uebertretungen einer und derselben Norm mit einer und derselben Strafdrohung verknüpft werden, müssen alle strafbaren Thatbestände zugleich aus Normwidrigkeits- und aus Strafbarkeitsmerkmalen bestehen.

Es sind bisher Vorsatz und Fahrlässigkeit ebenso wie Vorbedacht und Affekt und das Wissen von diesem und jenem nur als Strafbarkeitsmerkmale behandelt worden. Die Entscheidung ist zu wichtig, um sie nicht noch ausdrücklich zu rechtfertigen.

Eine Schuld des handelnden Subjektes ist zu jedem Verbrechen erforderlich: Vorsatz und Fahrlässigkeit sind — ich werde soweit nötig den Beweis dazu weiter unten liefern — die beiden Unterbegriffe, in welche allein sich der Schuldbegriff zerlegen lässt. Dieser Zerlegung der Schuld in Arten kommt nun eine doppelte praktische Wirkung zu. Entweder sind alle schuldhafte Verletzungen einer Norm unter Strafe gestellt, dann kann die Absonderung des vorsätzlichen von dem fahrlässigen Verbrechen nur die Bedeutung der Sonderung verschieden strafbarer Handlungen haben: Vorsatz und Fahrlässigkeit fungiren also hier als Strafbarkeitsmerkmale. Auf den ersten Blick scheint diess da anders zu sein, wo die Eintheilung ihre andere praktische Wirkung ausübt, wo nur die vorsätzliche Verletzung unter Strafe gestellt wird, die fahrlässige straflos bleibt. Da hier der Vorsatz nicht in Relation gestellt ist mit einer minder strafbaren Willensrichtung, da er nicht nur eine Art der die Strafe begründenden Schuld ausmacht sondern diese ganz darstellt, so müsste ihm hier doch anscheinend eine höhere Bedeutung als die eines Strafbarkeitsmerkmals zukommen. Allein dem ist nicht so! Die einseitige Bedrohung der vorsätzlichen Handlung bedeutet nicht, dass das immerhin denkbare fahrlässige Handeln nicht normwidrig sei, vielmehr dass die Verschuldung dabei nicht intensiv genug sei um die Strafbarkeit der Handlung zu begründen. Wie oben die Unterscheidung der beiden Schuldarten dazu diente die strafbarere der minder strafbaren Handlung entgegenzusetzen so hier um die strafbare von

der nicht strafbaren rechtswidrigen Handlung zu sondern. Dass Strafbarkeitsmerkmale wie hier die Fahrlässigkeit auch sonst dazu dienen können die Strafbarkeit einer normwidrigen Handlung auszuschliessen, hat Wächter (a. a. O. S. 294) schon gelegentlich der Reue des Diebes bemerkt[190].

C. *Mehrere Normen — ein Strafgesetz.*

Ein Gegenstück zu der Verschwenderischkeit, mit welcher vielfach Strafgesetze auf Grund und Boden einer Norm aufgeführt werden, bildet die Erscheinung, dass der Thatbestand Eines Strafgesetzes sich eben so häufig, wenn nicht noch häufiger aus den Uebertretungen mehrerer Normen zusammensetzt. Und zwar geschieht diess in doppelter Weise.

---

190 Es ist nötig das Verhältniss meiner Eintheilung der Thatbestandsmerkmale zu der von v. Wächter a. a. O. S. 294—296 gemachten zu präcisiren. v. Wächter nennt Strafmomente die auf das Strafmaass einflussreichen Momente, »die für den Begriff des Verbrechens, für sein Dasein an sich, ohne Bedeutung und Einfluss sind, bei deren Mangel also doch ein Verbrechen jener (?) Kategorie vorliegt«. Es treten sich also Begriffs- und Strafmomente einander gegenüber. So sauber diese Unterscheidung scheint so wenig ist sie haltbar. v. Wächter hat nemlich nicht gesagt, was ihm ein Begriffsmoment ist. »So ist z. B. — führt er aus — beim Verbrechen des Diebstahls der grössere oder geringere Betrag des Gestohlenen nur ein Strafmoment.« Für den gemeinrechtlichen Begriff des grossen Diebstahls trifft diess nicht zu: wenn der Wert der gestohlenen Sache nicht fünf Goldgulden oder über fünf Goldgulden beträgt, ist der Diebstahl kein grosser. Aber, wird v. Wächter einwenden, das Verbrechen des Diebstahls bleibt, auch wenn der Betrag geringer ist. Dann darf aber auch v. Wächter nicht auf S. 295 die Ueberlegung als Begriffsmoment des Mordes bezeichnen. Denn der Mord ist wie der grosse Diebstahl nur hervorgehobene Art des Gattungsverbrechens: hier der Tödung. Und Tödung bleibt das Delikt auch, wenn an Stelle der Ueberlegung der Affekt tritt. v. Wächter bezeichnet nemlich als Begriffsmoment bald ein Merkmal des Gattungsdelikts, wie ich sage ein Normwidrigkeitsmerkmal, bald ein Merkmal einer hervorgehobenen Unterart, oder wie ich sage ein Strafbarkeitsmerkmal. Daher die Widersprüche. — Die Strafbarkeitsmerkmale des Gesetzesrechts (z. B. Affekt bei der Tödung), und die Strafmomente des ungesetzten Rechts (Affekt als Strafminderungsgrund bei der Körperverletzung) sind wesentlich gleichartig: nur dass der Gesetzgeber die Wirksamkeit der ersten genau, die der zweiten ungenau durch die relative Strafdrohung bestimmt hat.

§ 18. 1. Mischthatbestände.

Die verschiedenen normwidrigen Handlungen sind alternativ mit der einen Strafdrohung verbunden; diese greift Platz sowohl, wenn die eine als auch wenn die andere stattgefunden hat. »Wer dieses gethan hat oder jenes, soll mit Gefängniss bestraft werden.« Die Gesichtspunkte, auf welche diese gemischten Thatbestände zurückgeführt werden müssen, sind oft die alleräusserlichsten: eine verwandte Tendenz der Handlungen, ihre Begehung durch dieselbe Person, die Uebung sie im gemeinen Leben neben einander zu nennen und andere dergleichen Anlässe reichen aus. Der Gesetzgeber entschliesst sich zu diesen Bildungen aus Neigung zur Kürze und opfert dieser nur zu leicht die wichtigere Aufgabe unter jede Normwidrigkeit mit dem ihr gebührenden Strafäquivalent auszustatten [191]. Es liegt in Wahrheit nur eine Zusammenziehung mehrerer Strafgesetze vor, denen die gleiche Strafsanktion eignet; der Thatbestand bewahrt nur äusserlich seine Einheit: genauer besehen zerfällt er in eine Summe von Thatbeständen, deren jeder mit eigner Strafdrohung ausgestattet ist.

So besteht z. B. § 109 des D. G. B.: »Wer in einer öffentlichen Angelegenheit eine Wahlstimme kauft oder verkauft, wird mit Gefängniss von einem Monat bis zu zwei Jahren bestraft«, aus den Uebertretungen zweier durchaus verschiedenartiger Normen. Diese Zahl steigt um ein beträchtliches im § 355, wo es heisst: »Telegraphenbeamte oder [192] andere mit der Beaufsichtigung- und [193] Bedienung einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanstalt betraute Personen,

---

[191] Die Strafrechtswissenschaft darf desshalb nicht das geringste Bedenken tragen diese Thatbestände in ihre Elemente auseinanderzulegen. Schon desshalb giebt es nichts Unwissenschaftlicheres als ein System der einzelnen Verbrechen auf die Legalordnung gründen zu wollen. Der Gesetzgeber muss praktischen nicht systematischen Gesichtspunkten folgen, die Wissenschaft umgekehrt hat zwar jene zu würdigen, aber diesen zu folgen.

[192] Ist inkorekt! Müsste: »und« heissen.

[193] Ist inkorekt! Müsste: »oder« heissen.

welche die einer Telegraphenanstalt anvertrauten Depeschen verfälschen oder in anderen, als in den im Gesetze vorgesehenen Fällen eröffnen oder unterdrücken oder von ihrem Inhalte Dritte rechtswidrig benachrichtigen, oder einem Andern wissentlich eine solche Handlung gestatten oder ihm dabei wissentlich Hülfe leisten, werden mit Gefängniss nicht unter drei Monaten bestraft.« Da die telegraphische Depesche keine Urkunde, sondern höchstens ein Indiz ist, so fällt die hier erwähnte Fälschung nicht unter das Verbot der Urkundenfälschung, sondern bedarf ihres besonderen Verbotes [194]. Das widerrechtliche Eröffnen von Telegrammen ist nur ein Spezialfall des auch dem § 299 zu Grunde liegenden Verbotes (wenn anders hier das Wort »verschlossene Urkunde«, wie ich allerdings glaube, in nicht technischem Sinne genommen ist [195]); das Unterdrücken der Depesche, die Benachrichtigung Dritter von ihrem Inhalt, stehen Beide unter selbstständigen getrennten Verboten. Der Satz »oder einem andern wissentlich eine solche

---

[194] Ein interessanter Rechtsfall, in welchem ich seinerzeit als Vertheidiger fungirte (die Anklage ging auf Urkunden- durch Depeschenfälschung konkurrirend mit Betrugsversuch), drängte zu einer sorgfältigeren Feststellung des Urkunden-Begriffs. Bezüglich des Telegramms war zu bemerken: 1) die als angekommen ausgefertigte Depesche ist keine Originalurkunde, die das Telegraphenamt ausstellt; 2) eben so wenig ist sie eine Copie der vom Absender aufgegebenen Depesche, die selbst wieder keineswegs eine Urkunde zu sein braucht, etwa lautet »Starke Kopfschmerzen. X«. Die Unterschrift des Telegraphisten bedeutet nicht etwa ein in fidem copiae. Sie gleicht, da das Telegraphenamt alle Verantwortlichkeit für die Richtigkeit der Depesche ablehnt, vielmehr dem Poststempel. 3) Die Ankunftsdepesche ist die Umbildung einer mehrfachen Umbildung der Originaldepesche. Und nicht einmal die Richtigkeit der letzten Umbildung beurkundet der Telegraphist. — Will man die Urkunde nicht zusammen fliessen lassen mit allen möglichen geschriebenen Zetteln, von denen kein einziger nicht unter Umständen als Indiz grossen Beweiswert erlangen kann, so muss man sie definiren: Urkunde ist ein beweiskräftiges Schriftstück, durch welches sein Aussteller bezeugt das eigene Wissen von der Wahrheit des rechtlich bedeutsamen Schriftinhalts.

[195] »Wer einen verschlossenen Brief oder eine andere verschlossene Urkunde, die nicht zu seiner Kenntnissnahme bestimmt ist, vorsätzlich und unbefugter Weise eröffnet . . . .«.

Handlung gestatten«[196], ruht allein auf vier weiteren Verboten: Ihr sollt Niemanden gestatten, die Depeschen zu verfälschen, sie unbefugt zu eröffnen, sie zu unterdrücken, von ihrem Inhalte Dritte rechtswidrig benachrichtigen. Der Satz »oder ihm dabei wissentlich Hülfe leisten«, sagt nichts Neues: die Unterstützung ist eine über die Gestattung hinausgehende Handlung und bedarf nur dann besonderer Erwähnung, wenn eine höhere Strafe als für das blosse Gestatten angedroht werden soll: was hier nicht der Fall ist. So basirt dieser Thatbestand auf nicht weniger als acht Normen. Will man ganz streng sein, so müsste man noch sagen: nur Ein Verbot, das gegen das widerrechtliche Eröffnen verschlossener Urkunden gerichtete, wendet sich an alle Gesetzesunterthanen. Von den sieben übrigen ist jedes an drei Personenklassen adressirt: zunächst an Telegraphenbeamte. Das Verbot an diese bindet nicht die nicht Beamteten, die zur Bedienung der Telegraphen berufen sind: es bedürfte für sie ein neues und für die mit der Beaufsichtigung Betrauten wieder eines neuen Verbotes. So dass die Zahl sieben zu verdreifachen und das Eine Verbot gegen das widerrechtliche Eröffnen noch zuzuzählen wäre[197].

Ich nenne Strafgesetze mit solchen mehr oder weniger willkührlich und äusserlich aneinander gereihten nicht innerlich verbundenen Thatbeständen *Mischgesetze*, ihre Thatbestände *Mischthatbestände*. Eine Summe einzelner durchaus selbstständiger Delikte wird in den Rahmen eines Thatbestandes gepresst. Der heterogene Charakter seiner Bestandtheile spricht sich in den Gesetzen durch Bezifferung der verschiedenen Absätze oft auch äusserlich aus, obgleich nun wieder die Thatbestände der einzelnen Ziffern keineswegs immer homogen sind und die Bezifferung öfter auch das Gleichartige trennt.

---

[196] Vgl. § 357.

[197] Weitere schlagende Beispiele für eine solche Bildung der Thatbestände s. in 80. 81, 1 u. 2. 94. 96. 98. 100. 102. 108. 109. 113. 115. 117. 122. 127. 133. 135—137. 139. 141. 142. 166. 167. 168. 175. 176. 201. (202). 221. 266. 274. 275. 281. 282. 283. 297. 307. 315. 316. 320. 321. 322. 324. 332. 341. 346. 348. 353. 357.

Ein Thatbestand kann bei der grössten Einfachheit der Bezeichnung dennoch einem Mischgesetze angehören: so der Thatbestand der §§ 94. 96. 98. 100, der als Thätlichkeit charakterisirt wird [198].

Man könnte versucht sein, die Norm, auf welcher die §§ 80. 81 und 102 ruhen, so zu formuliren: »Ihr sollt nicht das deutsche Reich oder einen deutschen Bundesstaat oder einen befreundeten Staat in seinem verfassungsmässigen oder territorialen Bestand verletzen!« Dabei ist aber nur das Eine verfehlt, dass aus mehreren Normen eine Einzige gemacht worden ist. Das Reich, die Bundesstaaten, die befreundeten Staaten bedürfen jedes ihre eigene Schutznorm; der verbotenen Handlungen sind zweierlei Arten: Verletzung des verfassungsmässigen und Verletzung des territorialen Bestandes, so dass sich die scheinbar einfache Norm auflöst in sechs nun wirklich einfache Verbote.

Die richtige Erkenntniss der Mischgesetze ist für die Lehre von der Conkurrenz von Wichtigkeit: wenn Jemand von den mehreren Alternativen nicht Eine sondern Mehrere verletzt, so liegt zweifellos eine Mehrheit von Delikten vor, welche nach § 73 ff. zu beurtheilen ist.

oho!

2. Mehrere Normwidrigkeiten — ein Verbrechen.

§ 19. *a. Mehrere straflose Handlungen verbinden sich zu einem Verbrechen.*

Die Verletzungen der mehreren Normen werden kumulativ mit der Einen Strafdrohung verbunden: ich nenne solche Thatbestände zusammengesetze. Und zwar lehrreicher Weise geschieht diess keineswegs nur so, dass Conkurrenzfälle mehrerer Verbrechen unter eine Strafsanktion treten (worüber § 20), sondern auch so, dass von den combinirten Normverletzungen die Eine oder auch Alle isolirt betrachtet als nicht strafbar erscheinen. Mehrere rechtswidrige aber nicht strafbare

---

[198] S. darüber oben S. 101 n. 185.

Handlungen werden durch eine gesetzlich bestimmte Art von Zusammenhang plötzlich strafbar, oder — und es ist diess im Wesentlichen dasselbe Phänomen — zu einer strafbaren Normwidrigkeit tritt eine straflose Normwidrigkeit als Grund einer Strafsteigerung hinzu.

So ist nach § 323 des D.G.B. derjenige strafbar, welcher vorsätzlich die Strandung eines Schiffes bewirkt, auch wenn dieses dadurch nicht beschädigt werden sollte; fahrlässige Strandung dagegen, welche »einen Schaden nicht verursacht« ist straflos; richtet sie aber noch einen Schaden an, etwa eine straflose fahrlässige Beschädigung des Schiffes, so ist die Wirkung, dass Gefängniss bis zu einem Jahre eintritt (Str. G. B. § 326)[199]. Hier gränzen indessen die einzelnen fahrlässigen Handlungen, von denen jede straflos ist, dicht an die strafbaren vorsätzlichen Delikte der §§ 303 und 323. Viel interessanter sind desshalb andere Beispiele: ich wähle die Gränzfälschung, ferner den betrügerischen und den einfachen Bankrott, deren Thatbestände (§ 281 und 283) Beide Mischthatbestände sind.

§ 274, 2 bedroht den, welcher »2) einen Gränzstein oder ein anderes zur Bezeichnung einer Gränze oder eines Wasserstandes bestimmtes Merkmal in der Absicht, einem Andern Nachtheil zuzufügen, wegnimmt, vernichtet, unkenntlich macht, verrückt oder fälschlich setzt«. Niemand wird behaupten, die Fälschung von Gränzzeichen sei eine gestattete Handlung; aber selbst die vorsätzliche Uebertretung des Verbotes ist so lange straflos, als sie nicht Mittel zu einer allerdings auch rechtswidrigen, aber isolirt betrachtet gleichfalls straflosen Benachtheiligung wird.

Noch interessanter ist die Bildung des Begriffs des strafbaren Bankrotts. Es sagt § 281: »Kaufleute, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, werden wegen betrüglichen Bankrotts mit Zuchthaus bestraft, wenn sie, in der Absicht ihre Gläubiger zu benachtheiligen,

---

[199] Ob diese Argumentation auf § 209, 2. zutrifft, hängt davon ab, ob die Verursachung des dort benannten Schadens straflos oder, was auch sein kann, strafbar ist.

1. Vermögensstücke verheimlicht oder bei Seite geschafft haben,
2. Schulden oder Rechtsgeschäfte anerkannt oder aufgestellt haben, welche ganz oder theilweise erdichtet sind,
3. Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, oder
4. ihre Handelsbücher vernichtet oder verheimlicht oder so geführt oder verändert haben, dass dieselben keine Uebersicht des Vermögenszustandes gewähren«.

Die Zahlungseinstellung ist die Erklärung Einem obliegende Zahlungen nicht machen zu können; sie birgt also immer eine Verletzung von Rechts-Verpflichtungen gegen die Gläubiger in sich, indem, selbst wenn die Zahlungs-Stockung nur eine vorübergehende ist, diesen ein Theil ihrer Aktiva lahm gelegt wird. Diese Verletzung ist unter Umständen nicht einmal schuldhaft, jedenfalls aber nicht strafbar.

Zu der in der Zahlungseinstellung liegenden vielleicht schuldlosen Benachtheiligung der Gläubiger muss nun, damit der betrügerische Bankrott entstehe, Eine von mehreren Handlungen hinzutreten, welche der Schuldner »in der Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen«, vornimmt. Die Benachtheiligung der Gläubiger durch die Schuldner ist verboten und somit normwidrig; aber selbst die dolose Benachtheiligung ist keineswegs strafbar. Zum Bankrott wird nicht einmal verlangt, dass der animus nocendi Erfolg gehabt und wirklich eine Schädigung der Gläubiger durch Eine der benannten Handlungen verursacht worden ist. Nun sind die unter 1 u. 2 aufgeführten Handlungen (Vermögensstücke verheimlichen; erdichtete Schulden anerkennen oder aufstellen) keineswegs als solche verboten; sie werden hier nur rechtswidrig, weil sie Benachtheiligungshandlungen sein sollen; in diesem Punkte gleichen sie den unter 3 und 4 stehenden, die aber auch isolirt betrachtet verboten sind, sich also als verbotene Benachtheiligungshandlungen im Gewande selbständiger Normverletzungen darstellen. Sie widersprechen dem deutschen Handelsgesetzbuch A. 28: »Jeder Kaufmann ist verpflichtet

Bücher zu führen, aus welchen seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens vollständig zu ersehen sind.« Aber auch die vorsätzliche Verletzung dieses Gebotes macht den Kaufmann noch keineswegs straffällig. Das deutsche Handelsgesetzbuch lässt gegen ihn eine Ordnungsstrafe nicht zu.

Die straflose Unfähigkeit seine Rechtsverpflichtungen gegen seine Gläubiger zu erfüllen verbunden mit den straflosen aber rechtswidrigen Benachtheiligungshandlungen des § 281, 1 u. 2 wider die gesammte Gläubigerschaft[200] oder aber verbunden mit straflosen Verletzungen des deutschen Handelsgesetzbuches § 28 ergeben das Verbrechen des Bankrotts, sofern diese Uebertretungen des § 28 als Verwirklichungshandlungen der Benachtheiligungsabsicht auftreten und die Handlungen des § 281, 1—4 im Hinblick auf eine künftig eintretende oder aber eine schon eingetretene Zahlungseinstellung[201] erfolgt sind[202].

Aus einer combinirten Verletzung zweier Normen entsteht auch der deutschrechtliche Diebstahlsbegriff. Von diesen Normen lautet die Eine: »Ihr sollt nicht Sachen, während sie Andern eigenthümlich sind, Euch zueignen!« Die vorsätzliche Verletzung derselben begangen an beweglichen Sachen ergiebt den Begriff der Unterschlagung[203], eines Verbrechens gegen die Ordnung des Eigenthums. Der Diebstahl ist aber ausserdem noch Verletzung der Besitzesordnung. Die Norm, die diese verbietet, kann man nun nicht dahin formuliren: »Ihr sollt nicht fremde bewegliche Sachen wider den Willen ihrer Detentoren diesen entziehen!«, denn sonst fiele grade das Delikt nicht darunter, welches dieser Besitzesordnung am

---

200 Dem Thatbestande des einfachen Bankerutts (§ 283) fehlen die absichtlichen Benachtheiligungs-Handlungen.

201 S. dazu Oppenhoff § 281 n. 29.

202 Daraus ergiebt sich, dass »eine selbstständige Verjährung der einzelnen Vergehungen im Thatbestande des — Bankeruts« unmöglich angenommen werden kann, und dass die Obertribunals-Urtheile v. 1. Juni 1864 c/. Busse (s. Goltdammer XII S. 718) u. v. 14. Dez. 1870 c/. Arnholz (s. Goltdammer XIX S. 88. 89) gegen Goltdammers Bedenken (s. dessen Archiv XIX S. 88—90) Recht behalten.

203 Es ruhen auf dieser Norm die §§ 246. 350.

reinsten widerspricht (§ 289): »Wer seine eigene bewegliche Sache . . . dem Nutzniesser . . . in rechtswidriger Absicht wegnimmt . . . .« Vielmehr lautet sie etwa: »Ihr sollt keine Sache ohne Rechtsgrund deren Detentoren ohne ihre Einwilligung wegnehmen!« [204] Und selbst die vorsätzliche Verletzung dieser Norm ist als solche keineswegs strafbar. Bildet aber diese begangen an fremden beweglichen Sachen das beabsichtigte Mittel zur Verletzung jener ersten Norm, so entsteht daraus der Begriff des Diebstahls [205]. Der Raubbegriff setzt sich somit aus den Uebertretungen dreier Normen zusammen.

In dem deutschen Strafgesetzbuche kann bei einer Reihe von Thatbeständen Zweifel auftauchen, ob sie aus einer Normwidrigkeit oder aus einer der oben gekennzeichneten Combinationen von zweien bestehen? Es sind das zunächst diejenigen, wo neben einer vorsätzlichen Normverletzung noch ein besonderer Accent auf eine »rechtswidrige Absicht« [206] gelegt wird, und wo das Gesetz ausnahmsweise einmal »vorsätzlich und rechtswidrig« [207] oder »vorsätzlich und widerrechtlich« sagt [208]. Be-

---

[204] Vgl. dazu Schwarze, Commentar S. 625.

[205] Der Bestrafung des Diebstahls dienen die §§ 242—245 (vgl. 248); 291 (denn da verschossene Artilleriemunition und Bleikugeln in den Kugelfängen nicht aus dem Besitze fallen, haben wir es lediglich hier, sofern freilich der nötige Vorsatz vorhanden ist, mit Diebstahl zu thun); 370, 5. 6. — Der Thatbestand des § 289 (Wegnahme der fremden Sache aus Pfandbesitz u. s. w. zu Gunsten des Eigenthümers) ist nicht, wie ich selbst lange geglaubt habe, ein Diebstahlsfall. Er widerspricht nur der einen, nicht den beiden Normen, deren combinirte Uebertretung dem Diebstahl wesentlich ist.

[206] Vgl. § 267: »Wer in rechtswidriger Absicht eine inländische oder ausländische . . Urkunde . . . . . verfälscht . . . . .« § 289: »Wer seine eigne bewegliche Sache etc. . . — dem Nutzniesser . . . . . in rechtswidriger Absicht wegnimmt . . . .«

[207] Zur strafbaren Sachbeschädigung wird verlangt § 303—305, dass sie »vorsätzlich und rechtswidrig« geschehe.

[208] § 239: »Wer vorsätzlich und widerrechtlich einen Menschen einsperrt«; vgl. § 240: »Wer einen Andern widerrechtlich . . . nötigt . . .«;

zieht sich dieses rechtswidrig allenfalls noch auf eine zweite Norm? Die Entscheidung kann nicht einheitlich ausfallen. In den §§ 239 und 240 will das Gesetz ausdrücklich hervorheben, dass die Strafe nur denjenigen treffe, der ohne dazu ein Recht zu haben, wie das Gesetz sonst wohl sagt »unbefugt«, einen Andern einsperrt oder nötigt: es will ausdrücklich sagen, die Handlung müsse unter die Norm und nicht unter Eine ihrer Ausnahmen fallen. Das »widerrechtlich« ist also selbstverständlich und könnte wegfallen. Genau ebenso verhält es sich in § 346 1 und in den die Sachbeschädigung bedrohenden §§ 303—305. Das »rechtswidrig« wird hier nur als ein übrigens selbstverständliches Requisit des Vorsatzes betont.

Viel zweifelhafter ist das »in rechtswidriger Absicht« bei der Urkundenfälschung[209].

Man könnte zunächst darauf hinweisen, dass das Gesetz Vorsatz und Absicht hinsichtlich unerlaubter Handlungen als identisch gebraucht, also »in rechtswidriger Absicht« auch hier so

---

ebenso § 339. Ferner § 346 1; wo der Beamte die Verfolgung einer strafbaren Handlung unterlassen muss »in der Absicht, Jemand der gesetzlichen Strafe rechtswidrig zu entziehen«.

[209] Die Commentatoren erblicken darin noch etwas mehr als den Fälschungsdolus. S. Schwarze, S. 598: »Es ist jede rechtswidrige Absicht hinreichend; — der Scherz ist ausgeschlossen. Die Absicht ein Verbrechen zu verbergen ist rechtswidrig«. »Die rechtswidrige Absicht des Fälschens ist eine allgemeine — sie kann sich zum dolus des Betrügers spezialisiren.« Vgl. auch Oppenhoff § 267 n. 1 ff.: »Der § erheischt als dolus (?) eine rechtswidrige Absicht d. h. also den Willen eine Folge herbeizuführen, welche dem bestehenden Rechtszustande zuwiderläuft; welcher Art diese gewollte Folge sein sollte, ist im Uebrigen gleichgültig, jedoch folgt aus § 363, dass die Absicht: »Behörden oder Privatpersonen zum Zweck des eignen bessern Fortkommens zu täuschen« zur Erfüllung des § 267 nicht genügt. Die rechtswidrige Absicht braucht nicht auf Verschaffung eines Vermögensvortheiles oder auf Zufügung eines Schadens gerichtet zu sein, da § 268 diese Absichten als erschwerenden Umstand behandelt.« Ich bemerke zunächst, dass der Schluss aus § 363 durchaus unstichhaltig ist. Auch wenn der Thatbestand des § 363 eine Unterart des § 267 wäre, könnte nichts destoweniger der § 36[illegible] sich zur milderen Strafdrohung für diese Unterart veranlasst sehen.

viel als »in rechtswidrigem Vorsatz« bedeute[210]; aber zur Annahme genügend, dass dieser rechtswidrige Vorsatz sich lediglich auf die folgende Fälschung beziehen sollte, wäre dieser Hinweis noch nicht. Man könnte nemlich erwidern, dass das Gesetzbuch meist den Vorsatz mit Stillschweigen übergehe und er desshalb mit Bezug auf die Fälschung noch neben der erwähnten rechtswidrigen Absicht zu ergänzen sei. Allerdings, der Anlass die Erwähnung des rechtswidrigen Vorsatzes ausnahmsweise hier nicht zu unterlassen ist ersichtlich genug. Der das Delikt kennzeichnende Ausdruck »und von derselben zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch macht« ist sehr vag und umfasst auch die schuldloseste Fopperei; Missverständnisse desselben wären sehr leicht möglich. Das »in rechtswidriger Absicht« könnte also auch wohl bedeuten sollen: in der Absicht, die gefälschte Urkunde zum Zwecke wirklicher Beweiserbringung im Rechtsleben zu gebrauchen. Und etwas anders bedeutet der Ausdruck auch nicht, wie sich aus § 268 und § 270 ganz unwiderleglich ergiebt. Denn § 270 sagt: »Der Urkundenfälschung wird es gleich geachtet, wenn Jemand von einer falschen oder verfälschten Urkunde, wissend, dass sie falsch oder verfälscht ist, zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch macht.« Es soll also die Strafe des § 267 eintreten, obgleich der Thatbestand um die Anfertigung der falschen Urkunde seitens des Thäters gegen § 267 vermindert ist. Hätte die rechtswidrige Absicht daselbst wirklich eine andere Bedeutung als die des Fälschungsdolus, so könnte sie hier unmöglich fallen gelassen sein. Diess bestätigt § 268. Hier tritt gegenüber der Gefängnissstrafe des § 267 Zuchthaus bis zu

---

[210] Für die Anhänger einer unzulässigen Unterscheidung beider Begriffe folgen hier die Stellen, wo Absicht den bewussten Entschluss eine Norm zu verletzen bezeichnet: §§ 124. 143. 146, 1. 147. 210. 235. 242. 243, 7[2] diebische Absicht. 249, 1. 250, 4. 263. 265, 1 betrügerische Absicht. 266, 1. 2. 3. 268. 272. 273. 274, 1. u. 2. 275, 2 u. 3. 281. 288. 307, 2. 346, 1. 349. Halb technisch halb untechnisch steht das Wort in den §§ 202. 235. Für den Entschluss zu einer rechtmässigen Handlung: § 313, 2: Absicht sein Eigenthum zu schützen. Ueber die Absicht sich einen Vermögensvortheil zu verschaffen: s. unten s. 120 u. insbes. n. 214.

fünf, und bei Fälschung öffentlicher Urkunden bis zu 10 Jahren ein für eine »Urkundenfälschung, welche in der Absicht begangen wird, sich oder einem Andern einen Vermögensvortheil zu verschaffen oder einem Anderen Schaden zuzufügen«. Der Qualifikationsgrund liegt in der hervorgehobenen Absicht. Diese wendet sich zwar allerdings auf eine Rechtswidrigkeit, jedoch nur auf eine Rechtsverletzung relativ geringer Schwere. Wäre diese Absicht schon in dem Thatbestand des § 267 enthalten, so wäre die Qualifikation des § 268 gar nicht zu verstehen.

Zu etwas anderem Resultate führt eine sorgsame Auslegung des § 289, wo es sich um die Wegnahme der eigenen Sache aus dem Besitze des Pfandgläubigers u. s. w. »in rechtswidriger Absicht« handelt. Diess bedeutet ein Wegnehmen in dem Bewusstsein, dass die Wegnahme verboten ist, dass der Besitzer in dieselbe nicht einwilligt und dass ein vermögensrechtliches Interesse des Besitzers oder Detentors dadurch geschädigt wird[211]. Hier gesellt sich also zur widerrechtlichen Besitzentziehung noch die Absicht einer Schädigung[212].

Dagegen kann es in allen den Fällen, wo die Absicht zu schädigen neben einer weiteren Normverletzung Aufnahme in den Thatbestand gefunden hat, keinem Zweifel unterliegen, dass wenigstens des Thäters Absicht auf Verletzung einer zweiten Norm gerichtet ist[213]. Wie aber verhält

---

[211] Vgl. Schwarze S. 625: »die rechtswidrige Absicht ist die Absicht, das Recht des Gläubigers zu verletzen, ihn mindestens um die Sicherung seiner Forderung, welche in dem Besitze der Sache liegt, zu bringen«. Aehnlich Oppenhoff zu § 289 n. 8: »die »rechtswidrige Absicht« muss auf Verletzung des wenigstens formell begründeten Nutzniessung- u. s. w. Rechts gerichtet sein.« Ders. Ans. Hälschner III. S. 491.

[212] Im Interesse eines einheitlichen Sprachgebrauchs läge es, statt des »in rechtswidriger Absicht« einen Ausdruck zu wählen, der den Thatbestand als eine combinirte Normverletzung kennzeichnete.

[213] Vgl. »in der Absicht .... einem Andern Schaden zuzufügen« in § 268 (Urkundenfälschung). § 272 (intell. Urkundenfälschung). § 273 (wissentliches Gebrauch machen von einer falschen Beurkundung im Sinne des § 271). § 274, 1 (Vernichtung etc. von Urkunden). § 274, 2

es sich mit der meist gleich der Absicht zu schädigen als Qualifikationsgrund wirkenden »Absicht sich oder Andern einen Vermögensvortheil zu schaffen«, der »gewinnsüchtigen Absicht« mit ihren Synonyma?[214] Sind sie etwa identisch mit den Ausdrücken des § 253 bei der Erpressung: »Wer um sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen . . . . . nötigt« und des § 263 beim Betrug: »Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen, das Vermögen eines Anderen dadurch beschädigt u. s. w.«? Diese Identität ist allerdings vorhanden.

Auf der Basis eines Verbrechens will Jemand seinen Reichthum aufbauen, einen Vermögenszustand schaffen, der jedes Rechtsgrundes entbehrend Anspruch auf Bestand nicht besitzt und mit einer rechtlichen Vermögensordnung sich als unverträglich erweist. Dazu kommt: die Masse der Vermögensobjekte ist unter die verschiedenen Menschen in solcher Weise vertheilt, dass was der Eine gewinnt regelmässig der Andere verliert. Und so sagt Merkel gelegentlich der Unterscheidung des gewinnsüchtigen Betrugs von der fraudulosen Benachtheiligung ganz mit Recht: »Der rechtswidrige Vortheil auf Seiten des Betrügers hat denselben objektiven Charakter (d. h. ist so wenig nur als Motiv der That zu betrachten), wie die rechtswidrige Benachtheiligung, in welcher er sein Korrelat hat.« Die fraudulose Benachtheiligung und der gewinnsüchtige Betrug unterscheiden sich eben dadurch, dass erstere sich als Verletzung nur einer Norm, letzterer sich als combinirte Verletzung einer Doppelnorm darstellt.

(Gränzfälschung etc.). § 349 (falsche Beurkundung seitens Beamter). »In der Absicht, ihre Gläubiger zu benachtheiligen«: § 281 a. A. »In der Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln«: § 288. »Absichtlich zum Nachtheil«: § 266, 1, 2, 3. Prävarikation »zum Nachtheile seiner Partei«: § 356, 2.

[214] Vgl. § 268. 272. 273. 349. »Um sich oder einem Andern einen Vermögensvortheil zu verschaffen«: § 266 a. E.; § 282, 2. »In gewinnsüchtiger Absicht«: § 133, 2. 169, 1. 301. 302. »Seines Vortheils wegen«: § 257, 1. 258. 259. 260. Vgl. § 219 »gegen Entgelt«. Vgl. über diese Frage Merkel, Betrug S. 95—97. Meine Kritik S. 109 ff.

Meiner Ansicht nach ist gerade das Wesen der Hehlerei als eines Vermögensverbrechens im scharfen Gegensatz zur Begünstigung als eines Verbrechens gegen die Strafrechtspflege des Staats in nichts Anderem zu finden, als in der absichtlichen Sicherung der widerrechtlichen Bereicherung für den Verbrecher, in der Mitwirkung des Hehlers, dass ein als widerrechtlich erkannter Vermögenszustand Bestand behalte[215].

§ 20. *b. Mehrere strafbare Handlungen verbinden sich zu einem Verbrechen.*

Die zweite Form eines aus Combinationen mehrerer Normverletzungen zusammengesetzten Thatbestandes ist die, dass jede einzelne der Normverletzungen schon isolirt unter Strafe steht: eine Erscheinung, die zu bekannt ist, als dass ich bei ihr als solcher länger verweilte. Man denke an den Thatbestand des Raubes, wo die Vergewaltigung Mittel zur dieblichen Besitzentsetzung wird; ferner an die zahlreichen Fälle, wo in dem deutschen Strafgesetzbuche fahrlässige Tödung oder Körperverletzung als Folge eines bestimmten Verbrechens mit diesem zusammen unter besondere Strafdrohung gestellt werden[216]. Auch die Realinjurie kann ich wenigstens nicht anders auffassen denn als einen solchen Conkurrenzfall[217]. Das Ergebniss einer solchen Combination nimmt allerdings eine zweifache Gestalt an. Entweder nemlich entsteht wie bei dem Raube dadurch ein neuer Verbrechensbegriff: die combinirten Verletzungen werden als ebenbürtig behandelt und keine wird

---

[215] Vgl. meine Kritik S. 106 ff.

[216] Die Norm gegen Tödung wird auf diese Weise im deutschen St.-G.-B. mit verwandt in den §§ 178. 220. 221, 3. 226. 229. 239, 3. 251. 307, 1. 309. 312. 314. 315. 316. 321, 2. 322, 2. 323. 324. 326. Die Norm gegen Körperverletzung in den §§ 118. 221, 3. 239, 2. 251 (?). 315. 321, 2. 326. 327.

[217] Beispielshalber verweise ich noch auf § 80. 81, 1. 124. 125, 2. 176, 1. 177. 206. 249 (drei Normen). 251 (vier Normen). 254. 255. 307, 1 u. 2. 326. 329, 2.

der andern als ein Erschwerungsgrund von ihr untergeordnet. Oder aber die eine Normwidrigkeit tritt als Strafschärfungsgrund zu der andern, welche letztere für die Auffassung der Combination maassgebend bleibt und es entsteht eine geschärfte Unterart eines Verbrechens [218].

Eine Berechtigung haben diese Bildungen nur da, wo die Grundsätze über Conkurrenz der Verbrechen zu einem übertrieben hohen oder allzu milden Strafresultate führen würden. Ihr häufiges Vorkommen in der neueren Gesetzgebung, die dadurch ungebührlich angeschwellt wird, deutet auf unzulängliche an allen Ecken und Enden auszudehnende oder zu beschränkende Rechtssätze bezüglich der Conkurrenz. Uebrigens werden diese Fälle manchmal dadurch schwer erkenntlich, dass ein Strafgesetz ein Glied einer solchen Combination mit Stillschweigen übergeht. Instruktiv hiefür sind die §§ 80 u. 81, 1 des deutschen Strafgesetzbuchs: »Der Mord und der Versuch des Mordes, welche an dem Kaiser, an dem eigenen Landesherrn u. s. w. verübt worden sind, werden als Hochverrath mit dem Tode bestraft.« § 81, 1: »Wer ausser den Fällen des § 80 es unternimmt 1) einen Bundesfürsten zu tödten, gefangen zu nehmen, in Feindes Gewalt zu liefern oder zur Regierung unfähig zu machen . . . . wird wegen Hochverraths mit lebenslänglichem Zuchthaus oder lebenslänglicher Festungshaft bestraft.« Dem Wortlaute nach präsentirt sich § 80 nur als qualificirten Fall des Mordes [219]. Nichts aber wäre irriger als diess anzunehmen. Hätte in dem Falle Rose Rosal der Rose statt des Schliebe den König von Preussen geschossen aber nicht zu Tode getroffen, ein Mordversuch hätte vorgelegen, unmöglich aber wäre es gewesen den Rosal wegen Hochverrats nach dem § 80 (wenn dieser damals gegolten hätte) mit dem Tode und nicht vielmehr nach § 211 und § 44 Al. 1 und 2 zu bestrafen. Einfach aus dem Grunde weil eben der

---

[218] Feine Bemerkungen hierüber bei Merkel in Holzendorffs Handbuch II. S. 574. 575.

[219] Wie ihn denn auch z. B. Oppenhoff zu § 102 n. 7 auffasst.

Thatbestand des § 80 aus Mord und Hochverrat also aus den Uebertretungen zweier durchaus verschiedener Normen combinirt ist. Ebenso ist in § 81, 1 die Verletzung der Norm gegen Hochverrat nicht ausdrücklich erwähnt und nichtsdestoweniger wäre das Gesetz hier ohne ihre Hinzunahme gradezu unsinnig wie sich sofort unten zeigen wird.

So nahe in Folge einer nicht genügend deutlichen Gesetzessprache die Versuchung liegt, zusammengesetzte Thatbestände als solche zu verkennen, so fern sollte man meinen bliebe der entgegengesetzte Fehler: einen einfachen Thatbestand für einen zusammengesetzten zu halten. Allein auch dieser tritt manchmal breit genug auf. So ruhen die Satzungen des deutschen Gesetzbuchs über Zweikampf auf fünf Normen. Davon lauten die drei wichtigsten: »Ihr sollt Niemanden zum Zweikampf mit tödlichen Waffen herausfordern!«, »Ihr sollt eine solche Herausforderung nicht annehmen!« (auf diesen beiden ruht § 201 als ein Mischgesetz), »Ihr sollt nicht einen Zweikampf mit tödlichen Waffen ausfechten!« Auf diesen basirt sagt § 205: »Der Zweikampf wird mit Festungshaft von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft« und dieser § folgt unmittelbar auf § 204: »Die Strafe der Herausforderung und der Annahme derselben . . . . . (d. i. Festung bis zu sechs Monaten) fällt weg, wenn die Parteien den Zweikampf vor dessen Beginn freiwillig aufgegeben haben.« Haben sie ihn also nicht aufgegeben oder nicht freiwillig, so bleibt eben jene Strafdrohung in Kraft, die selbstständigen Delikte bleiben dann strafbar und das Maass ihrer Strafe sammt ihrer Strafbarkeit bestimmt § 201 und kein anderes Gesetz. Dennoch behauptet Berner, Lehrbuch S. 544 und ihm folgt Schwarze S. 467, Oppenhoff § 201 n. 3 und Schütze S. 294, die Delikte der Herausforderung und der Annahme »gehen in das Duell auf, wenn es wirklich zum Duell kommt«, das schwerere Vergehen des Duells »absorbire allganz« jene leichteren der Forderung und der Annahme (so Schütze). Mit andern Worten heisst diess, der § 205 müsste eigentlich lauten: »der Zweikampf sammt der Herausforderung oder der Annahme derselben wird mit Festungshaft von 3 Monaten bis

zu 5 Jahren bestraft«. Ich sehe mich vergeblich auch nur nach einem halben Beweis dieser das Gesetz vergewaltigenden Behauptung um, welche den Thatbestand des § 205 als einen zusammengesetzten erscheinen lässt.

Eine solche Bildung des Thatbestandes aus zwei oder mehreren strafbaren Normverletzungen hat nun aber die Wirkung, dass davon jede zugleich unter zwei Strafgesetze subsumirt werden kann: unter das Strafgesetz, dessen Thatbestand allein sie bildet (z. B. beim Raub die diebliche Besitzentsetzung unter § 242 oder 243, die Nötigung unter § 240) und unter das Strafgesetz, dessen Thatbestand sie in Verbindung mit andern strafbaren Normwidrigkeiten darstellt (im Beispiele unter § 249). Es ist nun eine noch kaum allgemeiner gestellte und keineswegs leicht zu beantwortende Frage, wie weit die an den combinirten Thatbestand geknüpfte Strafdrohung die Strafdrohungen für dessen einzelne Bestandtheile consumire? Allerdings, will der Gesetzgeber in jener Strafdrohung das gesammte Strafäquivalent für die combinirten Verletzungen angeben wie beim Raub und bei den oben angeführten Conkurrenzfällen kulposer Tödung oder Körperverletzung mit anderweitigen Delikten, so ist dadurch die volle Consumtion der Spezialstrafdrohungen durch die allgemeine ausgesprochen. Allein dass das Gesetz in seinem Thatbestande des Zusammentreffens mehrerer strafbarer Handlungen erwähnt, beweist noch nicht, dass in die Schale der Strafdrohung die sämmtlichen Gegengewichte gegen sie gelegt sind. So fällt es scheinbar nur unter § 81, 1, wenn ein Preusse in Baden den König von Würtemberg in hochverräterischer Absicht mordet: die Strafe wäre lebenslängliches Zuchthaus oder lebenslängliche Festungshaft, bei mildernden Umständen Festungshaft nicht unter fünf Jahren. Der Hochverrat würde demnach als Strafmilderungsgrund des mit der Todesstrafe belegten Mordes wirken: eine Sinnlosigkeit, deren sich das Strafgesetzbuch nicht schuldig gemacht hat. Vielmehr gilt — und diess behaupte ich ebenso für § 80 — die Strafdrohung des § 81 nur dem Hochverrat, der durch das Mittel einer der in § 81, 1 namhaft gemachten Handlungen begangen wird;

die Strafdrohungen gegen diese rechtswidrigen Handlungen selbst sind durch die Hochverratsstrafe keineswegs consumirt und kommen nach den Grundsätzen der Conkurrenz neben der des § 81 zur Anwendung[220].

Wann im deutschen Gesetzbuche das Gesetz eine solche Consumtion einer Strafdrohung durch eine andere beabsichtige, diese schwierige auch von den Commentatoren noch keineswegs genügend behandelte Frage bleibe einem andern Orte oder auch einem anderen Beantworter vorbehalten.

Nur das Eine sei noch festgestellt: gilt die Strafdrohung

---

[220] Grade der § 102 mit seinem allerdings unbesonnenen und durchaus überflüssigen Citat des § 80, an dem Kirchmann und Oppenhoff zu § 102 n. 7 einen so grossen Anstoss nehmen, sprechen ganz entschieden für meine Auffassung. Es erscheint mir unmöglich einem Gesetzbuche zur Last zu legen, es strafe den vollendeten Mord an irgend einem Menschen (wozu doch die regierenden Häupter auch gehören) mit dem Tode (§ 24), qualifizire nur den Mordversuch am Kaiser, am eignen Landesherrn und am Landesherrn des Staates, in welchem sich der Thäter aufhält (§ 80), es privilegire den vollendeten politischen Mord an allen andern Bundesfürsten (§ 81 n. 1), und in noch weit höherem Grade an allen befreundeten Fürsten: mit anderen Worten, es prämiire den Fürstenmord. Wenn der Mord den Tod verdient, so verdient der Mord, der zugleich einen Angriff auf den Staat enthält, eine höhere Strafe: und diesen richtigen Gedanken hat das deutsche Gesetzbuch so durchgeführt, dass es die Angriffe auf den Staat mittels Angriffe auf das Leben als qualificirte Arten der Angriffe auf den Staat in den §§ 80. 81. 102. unter Strafe stellt ohne in diesen Strafen die für die Angriffe auf das Leben in den § 211. ff. gedrohten Strafen absorbiren zu wollen. Ein von einem Preussen in Preussen an einem befreundeten ausländischen Fürsten in hochverräterischer Absicht wider dessen Land begangener Mord ist desshalb keineswegs nur nach § 102 (wie die angeführten Schriftsteller meinen) mit Festung von 1—10 Jahren (bei mildernden Umständen mit Festung nicht unter 6 Monaten) zu bestrafen. Diese Strafe gilt nur der feindlichen Handlung gegen den befreundeten Staat und der Mord als Lebensvernichtung fällt unter den § 211. Nur so erklärt sich auch der völkerrechtliche Schlusssatz »sofern in dem andern Staate nach veröffentlichten Staatsverträgen oder nach Gesetzen dem deutschen Reiche die Gegenseitigkeit verbürgt ist«. Sehr hitzig für die richtige Ansicht Schütze, Lehrbuch S. 232. n. 12. S. 253 n. 11. Sehr besonnen für die entgegenstehende Ansicht Sontag, Festungshaft S. 162—166, der gegen Rüdorff zu § 102. n. 1 und Schwarze S. 287. 288. ganz Recht hat.

nur der Einen der im Thatbestande combinirten Normwidrigkeiten, so basirt der Thatbestand in Wahrheit nur auf einer Norm und die Erwähnung der verletzten Andern erklärt sich entweder als Exemplifikation für die Uebertretung jener ersten oder die zweite Normwidrigkeit wirkt als Qualifikationsgrund der ersten, ohne dass in der höheren Strafdrohung für diese die selbständige Strafbarkeit der Verletzung der zweiten Norm ihren Ausdruck finde. Diese fungirt dann nur als Strafbarkeitsmerkmal für die Uebertretung der den Thatbestand wahrhaft bildenden ersten Norm. So ist die Wirkung des Mordes und des Mordversuchs am Kaiser, am eigenen Landesherrn, am Landesherrn des Staates in welchem sich der Thäter aufhält zu bestimmen. Wird der Hochverrat durch sie begangen, so nimmt er eine qualificirte Gestalt an ohne dass dadurch Mord und Mordversuch aufhörten selbstständige Delikte zu bleiben.

§ 21 D. *Die Strafbarkeit beschränkt auf qualificirte Normübertretungen.*

Den Beweis, wie wenig schon mit der Aufstellung höchst bedeutungsvoller Normen die Strafbarkeit ihrer schuldhaften Uebertretungen gegeben ist, liefert eine dreifache Gruppe von Erscheinungen. Am frappantesten ist die Straflosigkeit einer grossen Gruppe rechtswidriger Handlungen, bei welchen vielfach selbst die Möglichkeit der civilrechtlichen Reaktion fehlt. Nicht nur dass nur ein verschwindender Theil der denkbaren fahrlässigen Normübertretungen unter Strafe gestellt ist und ganz regelmässig die vorsätzliche Uebertretung Voraussetzung der Strafbarkeit bildet: auch auf dem Boden des vorsätzlichen Verbrechens wiederholt sich dieselbe Erscheinung. In kaum zu rechtfertigender Ausdehnung lässt das deutsche Gesetzbuch den Versuch straflos[221]; straflos bleibt die keineswegs erlaubte Beihülfe

---

[221] Was ich in meiner Kritik S. 80—83 ausgeführt habe, gilt zu einem beträchtlichen Theile auch für das Gesetz noch.

zu Uebertretungen (§ 49), die gesammte Begünstigung der Uebertretungen (§ 257), die gesammten Uebertretungen begangen im Auslande, ja selbst »Wegen der im Auslande begangenen Verbrechen und Vergehen findet in der Regel keine Verfolgung statt«, während die Möglichkeit der Ausnahme beweist, dass eben das Geltungsgebiet der deutschen Normen keineswegs auf Deutschland beschränkt ist.

Aber diese Beschränkung der Strafbarkeit geht noch weiter: selbst die dolose Normverletzung, sofern sie nicht einen gesetzlich bezeichneten Punkt der Energie erreicht, bleibt vielfach straflos. Das Gesetz, die rechtsgültige Verordnung und die von der Obrigkeit innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffene Anordnung, der Beamte der innerhalb seines Amtes handelt, verlangen Gehorsam. Damit ist die Rechtswidrigkeit der Aufforderung zum Ungehorsam, die Rechtswidrigkeit des Widerstandes gegen den Beamten schon gegeben. Nichts destoweniger straft § 110 die dolose Aufforderung nur dann, wenn sie »öffentlich vor einer Menschenmenge oder wenn sie durch Verbreitung oder öffentlichen Anschlag oder öffentliche Ausstellung von Schriften oder andern Darstellungen geschieht«; und in § 113 und 117 wird nur der Widerstand, der durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt geleistet ist, mit Strafe belegt — eine Qualifikation, die dann als gesetzlich wesentliches Merkmal auch des Aufruhrs erscheint (§ 115). Im Falle des § 116 müsste schon der ersten Aufforderung Folge geleistet werden: der »Auflauf« wird aber erst strafbar, wenn sich Jemand »nach der dritten Aufforderung« nicht entfernt[222]. Der Gefangene hat kein Recht sich selbst zu befreien; nichts destoweniger ist die Selbstbefreiung nirgends mit Strafe belegt und § 123, 2 straft wegen Meuterei nur, »wenn Gefangene sich zusammenrotten und mit vereinten Kräften einen Ausbruch unternehmen«, der »gewaltsam« sein, also mindestens der

---

[222] Es ist allerdings richtig, was Schwarze S. 332 u. Oppenhoff § 115. n. 11. sagen dass Jemand um straffällig zu sein nicht alle drei Aufforderungen gehört zu haben braucht. Allein wissen muss der sich nicht Entfernende, dass drei Aufforderungen geschehen sind.

Norm wider Sachbeschädigung zuwiderlaufen muss[223]: also nicht einmal die gewaltsame Selbstbefreiung seitens eines Einzelnen ist strafbar[224]. Zu § 290 (§ 276 des Entwurfs), welcher »öffentliche Pfandleiher, welche die von ihnen in Pfand genommenen Gegenstände unbefugt in Gebrauch nehmen«, mit Strafe bedroht, bemerken die Motive (S. 81. 82) ganz mit Recht, dass es nur »der Missbrauch des öffentlichen Vertrauens durch den öffentlichen Pfandleiher ist, welcher hier (bei dieser jedenfalls rechtswidrigen, aber regelmässig nur civilrechtliche Verantwortlichkeit begründenden Handlung) das strafbare Moment bildete«[225].

Am frappantesten ist die Langmut der Strafgesetze bei denjenigen Normverletzungen, die nur wenn gewerbsmässig oder gewohnheitsmässig begangen überhaupt mit Strafe[226] und dann mit einer Gesammtstrafe für die ganze Summe von Normwidrigkeiten bedroht werden[227].

---

[223] Vgl. auch Schwarze S. 339 u. Oppenhoff § 122. n. 14.

[224] Schwarze S. 338.

[225] Um nicht mit weiteren Beispielen zu ermüden, verweise ich nur noch auf § 130: »in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise«; § 134: »böswillig« d. i. hier mit der Absicht den Zweck des Anschlags zu vereiteln: zu wenig verlangt Schwarze S. 358; richtiger Oppenhoff § 134 n. 3. — § 181, 1: Kuppelei unter Anwendung hinterlistiger Kunstgriffe; § 181, 2; Kuppelei seitens der Eltern, des Vormundes, des Geistlichen, Lehrers oder Erziehers; § 298: »oder sich verborgen hält«; § 301 u. 302: »unter Benutzung des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Minderjährigen«. Ob das: »so — dass dadurch der Transport in Gefahr gesetzt wird« des § 315 hieher gehört wird sich erst später zeigen.

[226] Vgl. § 150 . . . »wer solche verringerte Münzen gewohnheitsmässig . . . . . als vollgültig in Verkehr bringt«; § 180 »gewohnheitsmässige Kuppelei«; § 361, 6: gewerbsmässige polizeiwidrige Unzucht.

[227] Dochow, Zur Lehre von dem gewerbs- und gewohnheitsmässigen Verbrechen (Jena 1871) S. 81. 82. streitet gegen John, der in Goltdammer IX. 510 sagt: »Bei den gewohnheitsmässigen und gewerbsmässigen Vergehen und Verbrechen wird aber nur eine Handlung bestraft und diese eine Handlung ist qualifizirt durch eine persönliche Eigenschaft des Delinquenten . . . —«. Und über die völlige Unstichhaltigkeit dieser Behauptung von John kann ein Zweifel überhaupt nicht bestehen.

§ 22. E. *Die Strafbarkeit einer Normverletzung als Grund der Straflosigkeit einer anderen.*

Es kommt weiterhin vor, dass die Verletzungen zweier Normen für strafbar erklärt werden, die Bestrafung der einen aber die der andern absorbirt. Die Strafbarkeit der ersten ist hier an eine Resolutivbedingung geknüpft. So ruhen die §§ 80—82 des deutschen Gesetzbuchs auf den Normen gegen den Hochverrat. Die § 83 ff. auf der Norm: »Ihr sollt einen Hochverrat gegen das deutsche Reich oder einen Bundesstaat nicht vorbereiten!«. Sowohl der Hochverrat als seine Vorbereitung stehen unter Strafe. Allein § 83, 1 sagt: »Haben Mehrere die Ausführung eines hochverrätherischen Unternehmens verabredet, ohne dass es zum Beginn einer nach § 82 strafbaren Handlung gekommen ist, so werden dieselben mit Zuchthaus u. s. w. bestraft.« Wenn es also zum Beginne einer nach § 82 strafbaren Handlung gekommen ist, so tritt die in § 83 gedrohte Strafe nicht ein: die Strafe des vollendeten macht die des vorbereiteten Hochverrates wegfällig, ohne dass man berechtigt wäre zu sagen, in jener sei die Strafe für diesen mitenthalten.

Ist in diesem Falle die Resolutivbedingung mit obligatorischer Wirkung ausgestattet, so kann sie in anderen Fällen

---

Allein Dochow setzt nicht das ganz Richtige an Stelle des Falschen, wenn er in dem gewerbs- oder gewohnheitsmässigen Verbrechen, (ich sehe hier von dem möglichen einen gewerbsmässigen Verbrechen ab; s. auch Dochow, S. 56) eine Summe von Verbrechen erkennt. Verbrechen wird erst die Summe der gewerbs- oder gewohnheitsmässig geübten normwidrigen Handlungen, und darin hat wieder John a. a. O. S. 511 Recht: die einzelne Handlung der Serie als solche ist nicht strafbar und somit ~~kein Delikt~~. — Wir stehen hier vor einer höchst merkwürdigen Gestaltung des verbrecherischen Thatbestandes, einem Gegenstück zu den zusammengesetzten Thatbeständen. Bei diesen genügt die Uebertretung einer Norm nicht zur Bestrafung, hier fast nie eine Normübertretung. — Ich habe hiebei alle die Fälle nicht im Auge, wo die Gewerbsmässigkeit nur einen Strafschärfungsgrund bildet. Hier liegt Verbrechenskonkurrenz vor.

die Strafbarkeit beseitigen ohne diess zu müssen. So fasse ich die Wirkung der Retorsion einer Beleidigung durch eine andere oder eine leichte Körperverletzung, und ferner einer leichten Körperverletzung durch eine solche oder eine Beleidigung in dem § 199 (Retors. einer Beleidigung durch eine solche): »so kann der Richter beide Beleidiger oder einen derselben für straffrei erklären« und dem § 233: »so kann der Richter für beide Angeschuldigte oder einen derselben (eine . . . . . mildere oder) überhaupt keine Strafe eintreten lassen.« Ein gewisser Zusammenhang zweier Handlungen, deren jede isolirt betrachtet sich als strafbar darstellt, wirkt als fakultativer Strafaufhebungsgrund[228].

§ 23. F. *Doppelt bedingte Strafdrohungen.*

Es kommt endlich vor — und das deutsche Strafgesetzbuch bietet genügende Beispiele dafür —, dass die Strafbarkeit einer Handlung nicht nur abhängt von ihrer Normwidrigkeit, sondern von einer zweiten ganz ausserhalb der verbotenen Handlung liegenden Voraussetzung mitbedingt wird. In drei Fällen des deutschen Strafgesetzbuchs besitzt ein Ehescheidungsurtheil oder ein Civilurtheil, welches eine Ehe für ungültig erklärt, wahre Präjudizialität für einen Strafprozess und dasselbe Urtheil bildet einen Bestandtheil des Fundaments der Strafklage. Es bedroht das deutsche Gesetzbuch § 172 den Ehebruch nur dann mit Strafe, »wenn wegen desselben die Ehe geschieden ist«; ebenso ist die Strafdrohung § 170 nicht nur durch Eine der verbotenen Handlungen sondern auch dadurch bedingt, dass »aus einem dieser Gründe die Ehe aufgelöst worden ist«. Nach § 288 findet »die Verfolgung« gegen den Entführer, der die Entführte geheiratet hat, nur statt, »nachdem die Ehe für ungültig erklärt worden ist«. Und wenn auch bei den Antragsverbrechen die ganze Strafverfolgung und keineswegs nur die Bestrafung von einer Willenserklärung be-

---

[228] Vgl. dazu auch Marcinowski, Compensation im Gebiete des Strafrechts, in Goltdammer, Archiv XIII. S. 217 ff.

stimmter Personen abgesehen von dem Ankläger abhängig gemacht wird: die Thatsache, dass die Strafe nicht nur bedingt ist durch eine rechtswidrige Handlung sondern durch eine weitere ausserhalb des Strafprozesses liegende Thatsache gilt auch für sie [229] ebenso wie für die nach dem deutschen Strafgesetzbuche § 4 möglicherweise zu bestrafenden Verbrechen und Vergehen im Auslande [230]. Zwei weitere Fälle solcher doppelt bedingten Strafdrohungen sehe ich in § 102 u. 103. Die »Feindlichen Handlungen gegen befreundete Staaten« der §§ 102 und 103 sollen nur bestraft werden, »sofern in dem andern Staate nach veröffentlichten Staatsverträgen oder nach Gesetzen des deutschen Reichs die Gegenseitigkeit verbürgt ist.« Es kann dieser Satz unmöglich als ein Bestandtheil der Normen, auf denen beide Strafgesetze ruhen, angesehen werden [231]. Ferner wird die absichtliche Anreizung zum Zweikampf, welche § 210 als selbständiges Delikt auffasst, nur bestraft, »falls der Zweikampf stattgefunden hat«. Endlich gehört theilweise die Strafdrohung gegen die Betheiligung an einer Schlägerei oder an einem von Mehreren verübten Angriff hieher (§ 227). Von einem solchen Betheiligten muss mindestens verlangt werden, dass er mitgeschlagen, also einen Versuch der Körperverletzung gemacht habe; ein solcher Schuldiger ist nach § 223 straflos, seine Handlung fällt aber unter die Norm wider Körperverletzung. Strafbar und zwar nicht einmal als Antragsverbrechen wird indessen seine That, falls durch die Schlägerei oder durch den Angriff »der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung (§ 224) verursacht worden«.

---

[229] Davon bleibt die Richtigkeit der Ausführungen Heinzes, Reichsstrafrecht und Landesstrafrecht S. 67 unberührt: nicht der Wille des Verletzten, dass der Verbrecher gestraft werde, bedingt dessen Strafbarkeit mit; nur sein Antrag: insofern doch aber etwas Zufälliges, Aeusserliches.

[230] Vgl. was über die Verfolgung dieser Handlungen oben S. 21. 22 gesagt ist.

[231] Ebenso ist es in § 6: »Im Auslande begangene Uebertretungen sind nur dann zu bestrafen, wenn diess durch Gesetze oder durch Verträge angeordnet ist.«

Dritter Abschnitt.

Der ursächliche Zusammenhang zwischen Unrecht und Strafe.

§ 24. I. Einleitung.

In dem bisher gewonnenen Resultate, es sei die Norm notwendige Voraussetzung des Strafgesetzes, hat die Frage nach dem vernünftigen Zusammenhange zwischen der verbotenen Handlung und dem ihr geltenden Strafgesetze die Lösung noch nicht gefunden. Welches Inhaltes bedarf die Normübertretung, damit die ihr gedrohte Strafe als durch ihn gerechtfertigt erscheine? Wer wie Hegel drei Arten des Unrechts aufstellt und die Strafe aus dem Verbrechen mit dialektischer Notwendigkeit folgen lässt, kann nicht anders als das strafbare und das nicht strafbare Unrecht begrifflich aufs Schärfste scheiden. Diesem Zwange aber sind wir noch nicht verfallen. Denn ein weiteres wichtiges wenn auch nur negatives Ergebniss ist uns ungesucht geworden: die Behauptung es folge die Strafe mit dialektischer Notwendigkeit aus dem Wesen des Verbrechens hält gegenüber dem positiven Recht nicht Stich und muss desshalb fallen gelassen werden. Sie wird gleich schlagend widerlegt von zwei diametral verschiedenen Thatsachen. Die Strafe tritt vielfach nicht ein, wo sie nach dem Gesetze der dialektischen Notwendigkeit eintreten müsste:

so — dass ich die Masse fahrlässiger Normverletzungen bei Seite lasse — bei den doppelt bedingten Strafdrohungen, den Fällen, wo nur die qualifizirte Normwidrigkeit gestraft wird, den Fällen endlich, wo die Strafbarkeit einer Normverletzung als Grund der Straflosigkeit einer andern sonst gleichfalls strafbaren Rechtswidrigkeit wirkt[232]. Umgekehrt tritt Strafbarkeit auf einmal da ein, wo sie nicht erwartet werden dürfte. Wie will man es erklären, dass zwei oder drei Handlungen, deren Jede isolirt betrachtet straflos ist, plötzlich zum verbrecherischen Thatbestande zusammentreten und dass eine straflose Rechtswidrigkeit, wenn sie zu einer strafbaren tritt, als Strafschärfungsgrund wirkt[233]? Steht es mit dem Gesetze der dialektischen Notwendigkeit in Widerspruch, dass die Handlungen einzeln straflos gelassen werden oder dass sie in Conkurrenz tretend plötzlich Strafe heischen? Die Logik macht also den Staat nicht zum dienstbaren Sklaven des Verbrechens: der Staat nimmt die Pflicht der Bestrafung durch einen freien Akt auf sich.

Dem scharfen Beobachter entgeht es schon hier kaum, dass das Verbrechen keine besondere Art der widerrechtlichen Handlungen darstellt. Nehmen wir aber für einen Augenblick das Gegentheil an.

Civilunrecht und criminelles Unrecht: so pflegt man dann den Gegensatz zu formuliren, der nach Vieler Auffassung die Arten des Unrechts erschöpft; und wenn dann beide verkörpert in der Zahlungsverzögerung eines bedrängten Schuldners und in der blutigen That eines Mörders vor uns treten, scheint eine unüberbrückbare Kluft zwischen ihnen zu gähnen. Dieser Verschiedenheit scheint es nur entsprechend, dass die Standpunkte, von denen einerseits das Verbrechen, andererseits das Civilunrecht betrachtet zu werden pflegen, einander polar entgegengesetzt sind. Das Verbrechen interessirt von der Seite des Verbrechers, nicht von der Seite dessen, der durch die

---

[232] S. oben S. 129 ff.

[233] S. oben S. 112 ff. Diese Erscheinungen sind bei Lösung der angeregten Frage überhaupt zu wenig berücksichtigt worden.

That gelitten hat; man fragt: was hat der Delinquent gethan, was muss er desshalb leiden? Umgekehrt führt uns das Civilunrecht sofort den Geschädigten vor Augen und die Frage lautet, was der Verletzte gelitten, was demgemäss der Verletzer zu leisten habe? Kein Wunder, dass die Betrachtung des Verbrechens vom Standpunkte des Verletzers aus und die des Civilunrechts vom Standpunkte des Verletzten Beide einander so fremdartig erscheinen lassen[234]. Diese Fremdartigheit der beiden Scheinarten des Unrechts entspringt aber noch dem andern Grunde, dass der ganze Gegensatz von civilem und kriminellem Unrecht im Lichte des Systems gesehen gradezu falsch ist. Das Civilunrecht ist Verletzung von Normen des sog. Civilrechts, besondere Normen des Strafrechts existiren aber nicht, und systematisch richtig lassen sich somit dem Civilunrecht nur die Verletzungen der Normen des Staatsrechts, Völkerrechts, Prozessrechts gegenüberstellen. Am schlagendsten zeigt sich der Fehler des Gegensatzes darin, dass Verletzungen von Civilrechtsnormen zum Bau von Verbrechensthatbeständen verwendet werden und dass eine Reihe von Handlungen sowohl die Verpflichtung zum Schadenersatz als zur Strafe nach sich zieht. Merkel hat desshalb ganz Recht: »Wenn wir das bürgerliche Unrecht dem strafbaren Unrechte gegenüberstellen, so haben wir dabei nicht an eine Eintheilung der rechtswidrigen Handlungen zu denken . . . . . sondern zunächst an eine Unterscheidung der Rechtsfolgen des Unrechts[235]«. Wenn gar die Doktrin die »Arten des Unrechts« in jenem falschen Gegensatze erschöpfen will, so lässt sie eine grosse Masse widerrechtlicher Handlungen, die nicht strafbaren Verletzungen der Normen des Staats-, Völker-, Prozess-Rechts ausser Betracht.

---

[234] Es ist ein sehr grosses Verdienst von Jhering, in dem kleinen Meisterwerke, das Schuldmoment im röm. Privatrecht. 1867, auch das Civilunrecht einmal vom Standpunkte der Schuldigen aus beleuchtet zu haben.

[235] Krim. Abhandl. I. S. 1. Uebrigens spricht Merkel in der Folge doch wieder von »Arten des Unrechts«, so z. B. S. 58, und stellt nicht nur sprachlich sondern auch sachlich dieses sein wichtigstes Ergebniss wieder in Frage. S. darüber unten S. 144 ff.

Der gleichen Unvollständigkeit macht sie sich aber auch dann schuldig, wenn sie jenen Gegensatz nicht auf die Handlungen sondern auf die Rechtsfolgen der Handlungen bezieht und das Unrecht erschöpfend betrachtet zu haben glaubt, falls sie das mit der Pflicht des Schadenersatzes ausgestattete vergleicht mit demjenigen, das eine öffentliche Strafe nach sich zieht. Wo bleibt das Unrecht, was Rechtsfolgen überhaupt nicht hat, wo das, welches Privatstrafe nach sich zieht, wo das, auf Grund dessen Jemand den casus trägt oder Forderungsrechte zu Gunsten seines Schuldners verliert, wo das, in Folge dessen Jemand die Beweislast auf sich nehmen muss oder andere Nachtheile in seiner Stellung als Prozesssubjekt erleidet?

§ 25. II. Alles Unrecht ist schuldhafte Normwidrigkeit.

Statt das Unrecht gleich in Arten zu zerlegen und die Arten von verschiedenem Standpunkte aus gesehen als verschieden erscheinen zu lassen gehe ich aus von dem Wesen alles Unrechts.

Alles Unrecht ist Normwidrigkeit: der Wille des Gesetzes und die Thätigkeit des Menschen laufen nicht mehr parallel sondern divergiren. Ein rechtliches Verbot oder Gebot richtet sich aber nur an solche, die jeweilen die Fähigkeit haben ihm zu entsprechen. Wie der Herr seine Aufträge dem Diener in Erwartung dieser werde sie erfüllen nicht dann geben wird, wenn der Bediente schläft oder betrunken ist oder im Fieber liegt, so bindet auch das Gesetz diejenigen nicht, die im einzelnen Falle ihres Thätigwerdens handlungsunfähig sind[236]. Ihre Aktion ist nicht Handlung sondern Zufall und nichts Anderes. Wenn aber ein Handlungsfähiger eine Norm verletzt, so kann er der Schuld nicht ermangeln, sonst hört er eben auf handlungsfähig zu sein: eine widerrechtliche Handlung muss vorsätzlich oder fahrlässig sein; es giebt nur verschuldetes und kein unverschul-

---

[236] S. darüber des Genaueren im zweiten Buch.

detes Unrecht[237]. Was man das objektive Unrecht nennt ist reiner Zufall[238].

Wie aber — und diess ist die Klippe, an welcher der Civilist Anstoss nehmen muss, — können wir gegen den Zufall klagen? Unbestritten dürfen ja dingliche wie persönliche Klagen angestellt werden gegen Jemanden, der ohne Schuld »im Unrechte« ist. Oder versirt der bonae fidei possessor gegenüber dem Eigenthümer und der im entschuldbarsten Irrthume befindliche Schuldner, der Nichtschuldner zu sein behauptet, gegenüber dem Gläubiger ~~nicht~~ »im Unrechte?« Ich erwidere Nein und behaupte dafür das positive Recht für mich zu haben. Nur muss man gegen mich nicht einen ungenauen Sprachgebrauch ins Feld führen, dessen sich auch die Quellen schuldig machen, wenn sie injuria omne quod non jure fit nennen. Man argumentirt nur zu leicht so: der Eigenthümer hat ein Recht auf den im Besitze des bonae fidei possessor befindlichen Gegenstand[239]; wenn letzterer den Gegenstand nicht

---

[237] Richtig Merkel I. S. 42 ff. Dass diese Ansicht den Civilisten fremdartig erscheint, dass Jhering, Schuldmoment S. 5 ff. u. Heyssler, Das Civilunrecht und seine Formen. 1870 S. 12 ff. (der Merkel S. 12 ganz fälschlich in die Schuhe schiebt, er kenne nur doloses Unrecht) sich dagegen aussprechen, ist natürlich genug; dem Criminalisten aber, der in der Zurechnungslehre mehr zu Haus ist, der weiss, dass eine That nur zu einem rechtmässigen oder rechtswidrigen Willen zugerechnet werden kann, dass eine Zurechnung zu einem juristisch nicht qualifizirbaren Willen unmöglich ist, sollte diese Ansicht einer seiner sicheren Ausgangspunkte sein. Es ist mir desshalb befremdlich, wie auch Hälschner, die Lehre vom Unrecht in seinen verschiedenen Formen (Gerichtssaal XXI. S. 17 ff. 1869) hierin einen Fehler sieht. Den Freunden der Zurechnungslehre seien übrigens hiermit die Ausführungen Heysslers über das Thema »Zurechenbare Schuld ist zweifellos Delikt. Schuldbares Civilunreht ist sonach nur denkbar, als zwar mit Schuld, jedoch nicht mit zurechenbarer Schuld behaftetes Unrecht« a. a. O. S. 22 ff. empfohlen: vielleicht lernen sie dabei die Quadratur des Zirkels.

[238] Gegen den Ausdruck »objektives Unrecht« und gegen die Annahme eines unverschuldeten Unrechts s. auch Neuner, Privatrechtsverhältnisse S. 207.

[239] Ich bemerke beiläufig, der bonae f. possessor ist jedenfalls ohne dolus, häufig ohne alle Schuld: er kann aber sehr gut in culpa versiren,

ausliefert, so handelt er einem Rechte zuwider, also widerrechtlich.

Genau so fragt Jhering: »Wie sollen wir denn den Zustand des gutgläubigen Besitzers einer fremden Sache bezeichnen? Ein rechtmässiger ist er nicht; also bleibt nichts übrig, als ihn einen unrechtmässigen zu nennen«[240]. Der Zustand mag unrechtmässig genannt werden, allein nicht das Verhalten des b. f. possessor. Dieser handelt, indem er die Sache besitzt, gegenüber dem Eigenthümer weder rechtmässig noch widerrechtlich; seine Thätigkeit entbehrt der juristischen Qualificirbarkeit, genau so wie Dessen, der in entschuldbarem Irrthum eine Bigamie geschlossen oder sich in eine incestuose Verbindung eingelassen hat oder das fremde Kind als eigenes behandelt oder einen falschen Eintrag in die öffentlichen Bücher macht. Grade aber die Thatsache, dass Etwas rechtlicher Beurtheilung unzugänglich ist, charakterisirt dieses Etwas als Zufall im juristischen Sinne. Jhering und Hälschner wollen die Gleichstellung des den Eigenthümer schädigenden Verhaltens des b. f. possessor mit Hagel und Mäusefrass damit widerlegen, »dass das objektive Unrecht zwar das Moment der Verschuldung, nicht aber das des menschlichen Willens ausschliesst« (Jhering S. 6), dass zwischen Beiden der grosse Unterschied obwalte, dass obgleich Beide schuldlos »dem b. f. possessor das Besitzen der Sache als ein gewolltes zuzurechnen ist, während bei der elementaren Gewalt jede Zurechenbarkeit ausgeschlossen erscheint« (Hälschner

---

wenn er wissen muss, dass ein Andrer Eigenthümer ist. Wenn ich in der Folge vom b. f. p. spreche, so meine ich den schuldlosen.

[240] A. a. O. S. 5. Man beachte wohl, Jhering nennt den Zustand einen unrechtmässigen: wenn man diesen Sprachgebrauch festhalten will, so habe auch ich gar nichts dagegen. Ein unrechtmässiger Zustand ist ein Zustand, der dem Rechte nicht entspricht: ein Zustand ist weder schuldig noch unschuldig. Wenn man aber das Verhalten des b. f. p. ein widerrechtliches nennt, so ist diess falsch. — Ganz wie bei Jhering ist der Gedankengang bei Hälschner a. a. O. S. 18 ff. und bei Wahlberg, Individualisirung S. 126. 127.

S. 21)[241]. Allein auf dem Gebiete des Rechtes — und ein Anderes interessirt mich hier nicht — ist die Frage nach der Zurechenbarkeit identisch mit der Frage, ob eine Handlung vorliege? Eine Handlung im juristischen Sinne setzt einen handlungsfähigen nicht einen willensfähigen Menschen voraus: das Kind, der Wansinnige, der Schlafende, Trunkene, Fiebernde, Halucinirende, im unlösbaren Irrthum Verstrickte wollen Alle, verwirklichen den Willen zum Theil höchst energisch, aber sie handeln nicht. Ja selbst ob gehandelt wird oder nicht ist nicht die juristisch interessante Frage, sondern ob eine rechtmässige oder eine widerrechtliche Handlung vorliege? Denn ausser diesen kennt das Recht keine Handlung. Die juristische Zurechnung schreibt ein Geschehenes dem Rechte Entsprechendes oder nicht Entsprechendes einem rechtmässigen oder schuldhaften Willen auf die Rechnung: wo diess nicht möglich ist, existirt im juristischen Sinne keine Zurechenbarkeit; es giebt keine Zurechnung zum blanken, nicht rechtlich tingirten Willen[242].

Ein einziger interessanter Unterschied besteht aber allerdings zwischen dem »objektiv widerrechtlichen Verhalten« dessen, der schuldlos seine Schwester geheiratet, oder Kinder vertauscht hat, oder einen Falschen angreift in der Meinung gegen diesen in Notwehr zu sein, zwischen dem bonae f. possessor, dem Schuldner, der nicht schuldig zu sein glaubt, überhaupt allen schuldlosen Urhebern widerrechtlicher Zustände einerseits und Wind, Wetter und Mäusefrass anderer-

---

[241] Vgl. dagegen auch Heyssler bes. S. 18 n. 10. Die eigene Meinung formulirt H. S. 19, 20 dahin, dass zum Civilunrecht Schuld und Zurechnung nicht gehören, »ja in dessen Bereich die eigentliche technische Zurechnung geradezu ausgeschlossen ist«. Das Civilunrecht ist »die lediglich thatsächliche Verrückung des thatsächlichen Rechtsbestandes.« (!) S. 21: »wird hingegen ausgesagt, dass es (das menschliche Thun) auf den Willen der Person als auf eine freie Ursache zurückzubeziehen sei, so ist es als Delikt bestimmt.«

[242] Diese Thatsache ist auch von Merkel verkannt. S. bes. S. 82 und weiter unten unsere Ausführungen über Unterlassungsverbrechen. Der Ausdruck »intelligibler Wille« bei Merkel auf S. 46 ist unklar. Dagegen auch Heyssler a. a. O. S. 18 n. 18.

seits. Für Letztere tritt nie, für Erstere sehr häufig die Möglichkeit ein, dass sie der bisherigen objektiven Rechtsschädigung gegenüber in Schuld treten.

Ich habe an anderer Stelle entwickelt, welche Anforderungen das Recht an den handelnden Menschen stellt, wenn es ihm auferlegt dieses oder jenes zu unterlassen. Es kann nicht das Uebermenschliche fordern, dass das schwache Geschöpf nicht einmal seiner Schwäche zum Opfer falle und seine Thätigkeit zum Zufall werde. Wer aber wenn auch schuldlos die Ursachen zu einer Rechtsverletzung gesetzt hat, ist, sobald er jene als solche erkennt oder erkennen müsste, verpflichtet sie zu beseitigen. Und wenn derjenige, der sich als Urheber eines objektiv widerrechtlichen noch fortdauernden Zustandes erkennt, diesen nicht aufhebt, so wird dann sein Wille zur Schuld und in demselben Moment schlägt das weitere Verharren in jenem Zustande zur schuldhaften Handlung um. Für das, was vor diesem Zeitpunkt geschehen ist, kann Niemand verantwortlich gemacht werden, wohl aber für das, was dieser Metamorphose folgt. Das Verbrechen beginnt, wenn Jemand, der bisher durchaus schuldlos gewesen war, einsieht, dass er seine Schwester geheiratet hat und das Verhältniss nicht aufgiebt; einsieht, dass er den Familienstand eines Kindes unterdrückt und das Kind nicht seiner Familie, sofern diess möglich ist, zurückstellt; wenn er sich klar wird, dass eine produzirte Urkunde falsch ist und doch weiter von ihr Gebrauch macht, dass er auf den falschen vermeintlichen Angreifer eben den Schuss losdrücken will und diess nicht unterlässt; wenn ihm zum Bewusstsein kommt, dass eine bewegliche Sache, die in seiner Detention befindlich, eine fremde sei und wenn er doch weiterhin sie behält oder als Eigenthümer darüber verfügt. Der bonae f. possessor wandelt sich dann in einen malae f. possessor um. Die verschiedene Haftung des b. f. possessor vor und nach der Litiskontestation beweist allein zur Genüge die Richtigkeit der Behauptung auch die Quellen seien der Ansicht, der b. f. possessor handele nicht widerrechtlich. Der b. f. p. ist vor der Litiskontestation nicht obligirt; er haftet nicht für das, was vor dieser zu Grunde gieng; diese selbst reicht nicht aus, seine

Ueberzeugung er sei der Berechtigte zu beseitigen, wohl aber muss er sich sagen, möglicherweise ist die Sache, sind ihre Früchte und Accessorien eines Andern: und in diesem Moment wird er für dolus und culpa verantwortlich[243]. Wenn er die Sache auch jetzt unbekümmert darum, dass sie eines Andern sein kann, und trotz des besten Glaubens an sein Recht absichtlich oder fahrlässig zu Grunde gehen lässt, so haftet er aus diesem seinem dolus oder seiner culpa eventualis. Die Litiskontestation verpflichtet ihn aber nur zur Diligenz gegenüber der Sache, deren Eigenthum ihm möglicherweise abgesprochen wird, nicht zur Zurückgabe. Zur Restitution ist er nicht eher verpflichtet, bis er den Glauben an sein Recht aufgeben muss, und dazu nötigt ihn erst das die Sache dem Kläger rechtskräftig zusprechende Erkenntniss. Dieses und nicht, wie die Quellen öfter ungenau sagen, die litis contestatio verwandelt ihn in einen malae f. possessor, sofern er nun nicht beschliesst die Sache zurückzugeben. Zurückzugeben hat er nicht, was er vor der litis contestatio absichtlich zu Grunde richtete, nicht was ohne sein Verschulden nach derselben zu Grunde gieng, wohl aber Alles was zur Zeit des Urtheils noch vorhanden ist: daraus ergiebt sich evident, die Quellen betrachten ihn vor der litis contestatio als nicht im Unrecht befindlich, sonst müsste seine absichtliche Vernichtung der Sache als dolose Sachbeschädigung angesehen werden.

Fasst man den Vorgang bei dem sog. objektiven Unrechte, soweit auf dessen Aufhebung ein Klagrecht existirt, ins Auge, so stellt er sich folgendermassen dar. Ein Rechtssubjekt besitzt eine bestimmte Befugniss: ihrer Ausübung tritt der Zufall in Gestalt eines wollenden Menschen entgegen. Dem Wolf, der uns ein Schaf wegträgt, können wir es mit Gewalt wieder abnehmen: einseitige Privatgewalt aber, um ein Rechtssubjekt zu einer Leistung zu zwingen, kann in Zeiten geordneten und

---

[243] Mit Recht verweist Windscheid Pand. I. S. 332 n. 5 auf l. 10 i. f. C. 7, 32 de acquir. et retin. possessione .... tamen ex interposita contestatione et causa in iudicium deducta super iure possessionis vacillet ac dubitet.

gefestigten Rechtslebens nicht verstattet werden. Der Weg der Ueberzeugung oder der Weg Rechtens sind die beiden einzigen, die dem Befugten gegen den seine Rechtskreise schuldlos Störenden freistehen. Letzterer braucht nicht eher die Störung zu beseitigen, bis er sie als solche einsieht oder einsehen müsste: d. h. bis er sich gegenüber dem Beschädigten in verschuldetem Unrechte befindet. Der Behauptung, es sei der schuldlose b. f. possessor trotz seiner optima fides dem Eigenthümer zur Rückgabe der Sache verpflichtet, sobald dieser sie nur verlange, stelle ich den entschiedensten Widerspruch entgegen. Der Eigenthümer verliert sein Eigenthum nicht und darf es verlangen[244]; der schuldlose b. f. possessor braucht es aber nicht zu geben; auch der Zufall in Person hat keine Rechtspflichten. Eine Rechtspflicht die Sache dem Eigenthümer zurückzustellen tritt erst ein, wenn der zufällige Rechtsstörer sich in einen schuldhaften verwandelt, und nur einem solchen legt das Urtheil die Restitutionsverbindlichkeit auf.

So dient also der Civil-Prozess nicht nur dazu Rechtsansprüchen gegen die schuldhafte Handlung zur Anerkennung zu verhelfen[245]; sondern auch dazu, im Interesse gestörter Rechtszustände den schuldlosen Verletzer in einen wirklichen Störenfried zu verwandeln und auf diese Weise zur Restitution der widerrechtlichen Bereicherung, soweit eine solche noch vorhanden ist, zu verpflichten. Das kondemnatorische Civilurtheil erkennt also entweder eine ihm voraufgehende Verpflichtung des Verurtheilten an oder aber es begründet dieselbe und zieht die Consequenz aus diesem Akte zu Ungunsten des Condemnirten[246].

---

[244] Darüber trefflich Merkel, Abhandl. I. S. 50. 51.

[245] Die Civiljustiz dient keineswegs ausschliesslich der Bekämpfung des Unrechts: so Merkel a. a. O. S. 52.

[246] In dieser letzten Funktion wird es auch von Merkel a. a. O. S. 52 u. 53, wie mir scheint, nicht genügend erkannt.

§ 26. III. Die möglichen Arten des Unrechts[247].

Wenn alles Unrecht schuldhafte Normwidrigkeit ist, so kann eine Eintheilung des Unrechts behufs Abgränzung der-

---

[247] Es sind Merkels vortreffliche Prolegomena zur Lehre vom strafbaren Betruge (Giessen 1867) S. 1—75 gewesen, die der Untersuchung über die Verschiedenheit von Verbrechen und Civilunrecht einen neuen Anstoss gegeben haben. Ich setze hier insbesondere die ganz ausgezeichnete, wenn auch nicht gleich vollständige Zusammenstellung und Kritik der verschiedenen Ansichten über das Verhältniss des bürgerlichen Unrechts zum strafbaren, S. 4 ff. voraus, da ich nicht vorhabe in ähnlicher Weise auf die früheren Ansichten zurückzugreifen. Einen höchst wertvollen Beitrag zur Lösung der Frage liefert die schon angeführte Festschrift von Jhering, das Schuldmoment im röm. Privatrecht. Giessen 1867. Von Merkel angeregt erschien dann Hälschners Lehre vom Unrecht in seinen verschiedenen Formen, Gerichtssaal 1869. S. 11—36; 81—114 (auch im Separatabdruck erschienen), welche die Schwächen von Merkels positiven Ausführungen sehr klar und überzeugend an das Licht stellt. Mich fesselten die Hälschner'schen Deduktionen um so mehr, als sie (wenn ich von S. 101 ff. absehe) meiner bisherigen Ansicht über den Unterschied des criminellen als des unmittelbaren und des civilen als des mittelbaren, durch die Erklärung des Verletzten, er fühle sich verletzt, erst zu Stande kommenden Unrechts sehr nahe stehen (s. insbes. S. 94). Ich füge diess bei um zu belegen, dass es nicht unwillige Abweisung einer meine Kreise störenden Ansicht ist, wenn ich gegen Hälschner und damit gegen meine eigene Vergangenheit polemisire. (Ueber Hälschner s. auch Walther in der Krit. Vierteljahrsschrift, XI (1869) S. 289 ff., der darin seinen früheren Standpunkt, vgl. das. II. 331—337, festhält). In dems. Jahre mit Hälschner erschienen v. Bar's Grundlagen des Strafrechts Leipzig 1869 S. 32; ich kann indessen nicht finden, dass sie die Lösung des Problems gefördert hätten, eben so wenig wie der betr. Abschnitt von Wahlberg, Princip der Individualisirung: V. Die Formen des strafbaren Unrechts u. s. w. S. 108—143; bei Beiden lässt sich eine scharfe Fragstellung und somit natürlich auch eine präcise Beantwortung der gestellten Frage vermissen. Viel bestimmter geht Heyssler vor, dessen Unterscheidung oben S. 138 n. 241 u. S. 136 n. 237 angegeben ist. Von der Logik seiner Ausführungen ein Beispiel: S. 22 »Zurechenbare Schuld ist zweifellos Delikt«. Nun gilt es aber das schuldhafte Civilunrecht vom Delikt zu trennen. S. 22: »Zwei Gründe sind es, denen in der positiven Gestaltung des Rechts . . . . . die Wirkung beigelegt ist, das Verschul-

jenigen Art desselben, die Strafe heischen soll, nur geschehen:

1. entweder auf Grund verschiedener Normen, die verletzt werden[248]. Lassen wir hier einstweilen die Frage nach besonderen Polizeinormen und deren Inhalt bei Seite, so läge es nahe

a) bestimmte Verbote oder Gebote, die uns im Civilrechte entgegenzutreten pflegen, den Verboten und Geboten des

---

den der Zurechnung zum Delikt zu entziehen [es giebt also eine besondere Zurechnung der Schuld zum Delikt, vorausgesetzt dass sie sich Jemand denken kann, und der Satz weiter oben muss eigentlich lauten: »Zum Delikt zurechenbare Schuld ist zweifellos Delikt«!] und in die Kategorie des blossen Civilverschuldens ... zu fixiren: es sind die Bestreitbarkeit der rechtlichen Qualifikation der That [die Beweisschwierigkeit entscheidet also, ob eine dolose Handlung Delikt ist oder nicht; s. S. 23 »Die .. Bestreitbarkeit der rechtlichen Qualifikation ..... fixirt das Civilunrecht als solches selbst dann, wenn es durch gewolltes Thun gesetzt ist und schliesst die Zurechnung der gewollten That als Deliktsschuld (!) aus ... Ist dagegen die Qualifikation der gewollten That als Unrecht zweifellos und unbestreitbar, dann kann nichts die Zurechnung derselben als Delikt aufhalten.« Das Geständniss macht also was vorher nicht Delikt war zum Delikt!] und die Negativität des rechtswidrigen Thatbestandes«. Ist das Unrecht unbestreitbar aber »negativ«, so ist es auch Civilunrecht s. S. 32: »Das neg. Civilunrecht ist demnach zu fassen als die Nichtprästirung einer auf einem privaten Verpflichtungsgrund beruhenden Leistungsverbindlichkeit«. Und doch soll ja gerade das Civilunrecht, also auch das negative, eine »Verrückung des thatsächlichen Rechtsbestandes sein«. Vgl. über diese Widersprüche das. S. 49. — Unter Merkels u. Jherings Einfluss steht Heinze in seinen interessanten Ausführungen im Handbuch I. 32 ff., der (s. besonders S. 337. 338) selbst das Civilunrecht unter die Kategorie des strafbaren Unrechts einreiht, wenn er sagt: »In Wirklichkeit übt aber schon die blosse Anerkennung und Befriedigung eines verletzten Privatrechts ganz allgemein Funktionen nach Art einer Strafe.«

[248] Nicht lässt sich, wie diess zeitweise versucht worden ist, — s. schon Kant, Rechtslehre, Werke IX. S. 180 — das Unrecht, welches keine Norm, keinen Satz des objektiven Rechtes, sondern nur ein subjektives Recht verletzt, der Verletzung der objektiven Rechtsordnung entgegensetzen. Denn jede Verletzung des subjektiven ist zugleich Bruch des objektiven Rechts: so sehr entschieden Walther, Krit. Vierteljahrsschrift II. S. 334; Merkel a. a. O. S. 33. 44. Heinze, Handbuch I. S. 338.

Staatsrechtes, des Völkerrechts, des Prozessrechts, mit andern Worten die Normen des Privatrechts denen des öffentlichen Rechts entgegensetzen zu wollen. Allein dieser Versuch ist unzulässig und wenn er auch statthaft wäre, so ergäbe er für unsere Gränzregulirung kein Resultat. Jedes Verbot oder Gebot begründet für den Verpflichteten eine Pflicht gegen das Gemeinwesen, dem sich der Einzelne nicht willkührlich entziehen kann: jede Norm ist desshalb öffentlich rechtlicher Natur, jede Normverletzung eine Verletzung des öffentlichen Rechts[249].

Wenn man aber auch befugt wäre besondere Civilrechtsnormen anzunehmen, so wurden ja grade früher solcher Weise aufgefasste Normen als Grundlagen der verbrecherischen Thatbestände nachgewiesen und somit aufgezeigt, wie grade auch ihre Verletzungen mit Strafe verfolgt werden.

b) Die Normen zerfallen ihrem Inhalte nach in Verbote und Gebote[250]. Das Gebot verpflichtet die Rechtssubjekte zu einer bestimmten Handlung die Initiative zu ergreifen; das Verbot verpflichtet die handelnden Menschen ihre Handlungen innerhalb der Gränzen des Rechtes zu halten. Das Gebot wird verletzt durch Unthätigkeit, negatives Verhalten, das Verbot durch ungehörige Thätigkeit. Nun hat schon Merkel in diesem Unterschied allerdings den des strafbaren und nicht strafbaren Unrechts nicht erschöpfen wollen, ihn wohl aber zur Abgränzung Beider benutzt. Als Ersten der Fälle nämlich, »in welchem es bei dem blossen Entschädigungszwang sein Bewenden hat«, führt er das »negative Unrecht« auf: »die Nichterfüllung von Verbindlichkeiten, welche nicht in einen positiven Eingriff in die fremde Rechtssphäre übergeht«[251]. »So weit bei diesem negativen Unrecht ein direkter Erfüllungszwang der Natur der Sache nach möglich ist, hat es im Allgemeinen dabei sein Bewenden.«

Als Beispiele hiefür werden der säumige Steuerzahler und

---

249 Verkannt von Merkel I. S. 65.
250 Darüber s. des Genaueren oben § 4.
251 Merkel I. S. 64. 65.

der säumige Schuldner überhaupt aufgeführt. — Viel unvorsichtiger macht Heyssler a. a. O. S. 27 als »zweiten Grund, durch den die Zurechnung des Verschuldens zum Delikt . . . . ausgeschlossen wird, die Negativität des rechtswidrigen Thatbestandes« geltend. »Er liegt darin, dass das Unrecht durch ein negatives Verhalten, durch ein Nichthandeln begangen ist. Es sollte geleistet werden und es ist nicht geleistet worden. Wo der Thatbestand einfach so liegt, da erkennt das heutige Recht durchaus nur Civilunrecht, und sofern das Handeln culpos oder dolos unterlassen wurde, Civilverschulden.« Dabei denkt Heyssler an dieselben Fälle wie Merkel, stellt aber in Wahrheit das gesammte negative Unrecht zum Civilunrecht[252].

Nun hat Merkel bedauerlicher Weise verkannt, dass der Schuldner den Gläubiger nicht durch ein Unterlassen, sondern durch ein Thun schädigt. Niemand kann eines Andern Vermögen durch unthätige Ruhe verletzen. Vielmehr legt der Schuldner durch Nichterfüllung dessen, was der Gläubiger zu

[252] Heyssler wird entschieden protestiren, als habe er alles negative Unrecht zum Civilunrecht erklärt. Denn S. 28 bemüht er sich das Commissivdelikt von dem Omissivdelikt und dieses von dem negativen Civilunrechte abzugrenzen. Alles Civilunrecht ist ihm ja Verrückung des äusseren Rechtsbestandes, also auch das durch Nichthandeln begangene. Das Wesen dieses besteht darin, »dass der durch das Recht verlangte Zustand nicht herbeigeführt ist Die Folge ist eine Verrückung zwischen dem durch das Recht geheischten und dem faktischen Bestand der Dinge. Der faktische Bestand entspricht nicht der ideellen Anforderung des Rechts und ist daher Unrecht«. Bei welchem Omissivdelikt, »dessen ganzer und voller Thatbestand darin besteht, dass einem Gebotgesetz nicht entsprochen ist«, tritt aber nicht genau dieselbe angebliche Verrückung ein? Wenn eine Norm die Anzeige hochverräterischer Pläne fordert und der sie erfahren hat nun nicht anzeigt, so hat er »den durch das Recht verlangten Zustand« (des Wissens der Obrigkeit) nicht herbeigeführt und der faktische Bestand entspricht nicht der ideellen Anforderung des Rechts. Die Versuche Heysslers S. 28 ff. dieses negative Civilunrecht von dem Omissivdelikt zu scheiden beruhen auf dem aber nicht zum Bewusstsein erhobenen Gefühl, dass das negative Civilunrecht nicht Omissivdelikt sondern Commissivdelikt ist. Sehr nahe der Wahrheit S. 30, wo das negative Unrecht vielleicht diesem »näher verwandt« als jenem genannt wird.

fordern hat, diesen zum Theil in seiner Vermögensmacht lahm: er entzieht ihm Vermögensstücke, über welche zu disponiren der Gläubiger das Recht hat. Er ist durch und durch aktiv und verletzt die Forderung: non laede![253]. So verwandelt sich dieses negative Civilunrecht in positives[254] und hört also entweder auf Civilunrecht zu sein oder aber die Eintheilung des Unrechts in positives und negatives ist für die Abgränzung des strafbaren von dem nicht strafbaren Unrecht unausgiebig.

c) Eine vielfach wiederkehrende Vorstellung, die aber immer nur beiher läuft, bezeichnet das Verbrechen als das schlechthin oder an sich Unerlaubte: es kann dies, wie oben ausgeführt[255], nur den Sinn haben, dass eine Klasse von Handlungen ausnahmelos und unter allen Umständen verboten sei, dass also die Norm unbedingt laute und keine Ausnahmen kenne. Allein da oben die Unrichtigkeit dieser Behauptung nachgewiesen wurde, so rettet uns auch die Definition nicht, das Verbrechen sei Verletzung unbedingter Verbote und Gebote und somit unbedingtes Unrecht.

d) Soviel Normen im Staate so viele Arten widerrechtlicher Handlungen giebt es in ihm. Nun könnte man ja versuchen diejenigen Normen, deren Verletzung Strafe nach sich

---

[253] S. darüber unten über die sog. Unterlassungsdelikte. Vgl. Merkel selbst S. 79.

[254] Auch Hälschner a. a. O. S. 105 scheint auf den ersten Blick Merkel zu folgen, wenn er sagt: »Das Unrecht kann aber ferner ein verschuldetes sein und gleichwohl lediglich als ein civiles erscheinen. Dies ist immer der Fall, wofern das Unrecht in der Form eines schuldhaften negativen Verhaltens dem Rechte des Andern gegenüber auftritt . . .« Gleich darauf schildert er aber dieses Unrecht nach Analogie der Commissivdelikte begangen durch angebliche Unterlassung: »so ist es die nothwendige Voraussetzung, dass eine Thatsache . . . namentlich etwa eine positive Thätigkeit voranging, durch welche die Vermögensberechtigung des Einen von einer . . Leistung des Andern abhängig gemacht wurde«. Dadurch tritt dieses negative in das Lager des positiven Unrechts über und man erkennt nicht, was Hälschner mit dieser angeblichen Negativität angeblich beweisen will. H. selbst weiss es nicht recht: s. S. 105 unten.

[255] S. oben § 8.

zieht, nach einem principiellen Gesichtspunkt abzuscheiden von andern, deren Uebertretungen straflos bleiben. Nur müsste dann die Gränze zwischen Delikt und Nichtdelikt glatt zwischen den Verletzungen verschiedener Normen durchlaufen: denn das Delikt sollte ja dann anderen Normen widersprechen als die nicht strafbaren Rechtsverletzungen.

Ich habe selbst wohl geglaubt, das ganze sog. Civilunrecht auf das Eine Verbot Niemanden in seinem Vermögen zu verletzen zurückführen zu können, indem ich Vermögensrecht und Civilrecht identifizirte; und allerdings unterscheiden sich ja eine Menge Deliktsarten von diesem angenommenen Civilunrechte dadurch, dass sie andere Verbote, die wider Tödung, Freiheitsberaubung u. s. w. verletzen. Allein, und diess ist das Entscheidende, so bescheiden auch mein Civilunrecht sich mit dieser einen Norm begnügen würde, diese eine brauchte es aber ganz und ausschliesslich für sich: während doch Diebstahl, Raub, Betrug, Vermögensbeschädigung alle mit darauf Anspruch machen. Und darin hat Merkel[256] ganz Recht: wenn die Verletzungen derselben Normen sowohl Civil- als Straffolgen haben, so kann die Eintheilung criminelles und civiles Unrecht unmöglich eine Eintheilung der rechtswidrigen Handlungen auf Grund ihrer Thatbestände bedeuten.

Eine weitere Möglichkeit aber aus der Masse der Normen eine Gruppe auszusondern, der es im Gegensatz zu allen Andern wesentlich wäre, dass ihre Uebertretungen mit Strafe belegt würden, existirt nicht. Er resultirt also: Verbrechen und Nichtverbrechen lassen sich in keiner Weise als im Gegensatze zu zwei verschiedenen Normengruppen stehend auffassen; die Eintheilung des Unrechts in strafbares und nicht strafbares ist keine Eintheilung der rechtswidrigen Handlungen auf Grund der Verschiedenheit ihrer Angriffsobjekte.

2. Oder aber die Unterscheidung wird basirt auf den Grund verschiedener Verschuldung des Thä-

---

[256] A. a. O. S. 1 und anderwärts.

ters. Die Arten der widerrechtlichen Handlungen[257] verdoppeln sich dadurch, dass jede Norm sowohl dolos als culpos übertreten werden kann. Der Versuchung aber nur die dolose Hälfte für den Strafrichter zu reserviren und die culpose zu einem Theil frei ausgehen zu lassen, zu einem andern dem Civilrichter zu überweisen steht ebenso das dolose Civilunrecht als das fahrlässige Verbrechen, die beiden Todesurtheile für die ganze Hegelsche Theorie, im Wege. Wenn Walther[258] allerdings ausdrücklich als ein Ideal der Zukunft diese Unterscheidung dennoch als die begriffsmässige zwischen strafbarem und civilem Unrechte festhält und glaubt, »je höher ein Volk . . steht, je weniger schwere Verbrechen bei demselben vorkommen, desto weiter kann das Gebiet des Strafrechts ausgedehnt werden«, so vermag ich auch darin ihm nicht beizustimmen. Eine Erweiterung der Strafbarkeit dolosen Handelns lässt sich nach der bisherigen Entwickelung des Strafrechts nicht voraussehen; und dass man die culpose Tödung des Bettlers, dessen Verlust Niemanden schädigt und höchstens die Kasse seiner Gemeinde erleichtert, ohne alle Folgen lassen sollte, wäre auch kaum wünschenswert[259].

---

[257] S. oben s. d.

[258] Krit. Vierteljahrsschrift II. S. 334—337 u. S. 351 neuerdings das. s. oben n. 247.

[259] Auf S. 337 möchte Walther gerne die culposen Delikte retten, weil auch sie »auf einem sittlichen Willensdefekte« ruhen; aber wie das Moment des Bewusstseins, auf welches Walther doch Alles abstellt, in sie hereingetragen werden soll, ist mir wenigstens nicht klar. — Höchst befremdlich verhalten sich Köstlin und Berner dieser Controverse gegenüber. Bei Köstlin, System I S. 1 ist das Verbrechen der bewusste Gegensatz des Einzelwillens zum allgemeinen; dennoch erklärt er das. u. S. 2, das dolose Civilunrecht gehöre nicht zum Verbrechen, weil hier der dolose »wenn auch auf der äussersten Grenzlinie, (mit dem Rechte) immer noch sich zu konformiren wünscht und glaubt«! Und S. 105 ff. wird die culpa als verbrecherische Willensform abgehandelt! Bei Berner Lehrbuch S. 39 ist der verbrecherische ein »empörter besonderer Wille«; principiell wird also auch dolus verlangt; dennoch ist die dolose Chikane nur die »Brücke vom Civil- zum Kriminalunrechte« und unter Letzterem figurirt ganz munter auch das fahrlässige Delikt. Vgl. hiezu auch Merkel I S. 7—9. Gegen Köstlin sehr scharf und treffend Stahl, Rechtsphil. II 2. S. 696 n. — Die Versuche eine wesentliche Ver-

3. Strafbares und strafloses Unrecht als Arten des Unrechts zu begründen ist weder gelungen mit Hinsicht auf die angegriffenen Objekte, noch auch mit Hinsicht auf die verschiedene Schuld des Angreifers: es bleibt noch eine einzige freilich schwache Möglichkeit, vielleicht eine Verschiedenheit nachzuweisen in der Art der Verwirklichung des widerrechtlichen Angriffs: in der widerrechtlichen Handlung. Allein jede Normverletzung muss Selbstverwirklichungs-Handlung eines schuldhaften Willens sein: innerhalb dieser Handlungen kehrt nur eine Verschiedenheit wieder, die schon oben hervortrat, es ist die zwischen schuldhafter Aktivität und schuldhafter Unterlassung; diese aber wurzelt in einer Verschiedenheit der verletzten Norm und ist nicht die, die wir suchen. Auch dieser letzte Versuch führt also nicht zum Ziel.

Ich zöge unbedenklich hier schon das Resultat, das strafbare und das unstrafbare Unrecht seien nicht zwei Arten der widerrechtlichen Handlungen, wenn nicht neuerdings Hälschner viel Mühe darauf verwandt hätte die generische Verschiedenheit Beider doch noch zu retten, und da seine Ansicht im Wesentlichen diejenige ist, welche ich selbst zu dem gleichen Zwecke bis vor Kurzem festgehalten haben, so entwickele ich um so lieber die Gründe, die dagegen sprechen. Die Kriterien der Unterscheidung sind nicht, wie Hälschner meint und ich selbst seinerzeit glaubte, der Verschiedenheit der angegriffenen Objekte, sondern vielmehr der Entstehungsgeschichte des Unrechts entnommen, genau wie die der Verschiedenheit zwischen Vorbedacht und Affekt der Entstehungsgeschichte des Vorsatzes.

Nach Hälschner decken sich Vermögensrecht und Civilrecht; das Familienrecht, soweit es nicht Vermögensrecht ist, gehört somit in das öffentliche Recht[260]. »Kommt es nun frei-

---

schiedenheit zwischen dolus und culpa im strafrechtlichen und im civilrechtlichen Sinne aufzustellen erscheinen vom Standpunkte der Normenlehre aus wirklich als zu ungeheuerlich um hier darauf einzugehen. Vgl. dazu Merkel S. 38 u. 39.

[260] S. 84. Vgl. dageg. Heinze in Holzendorffs Handbuch I S. 301.

lich auch hier, wie überall darauf an, den rechtlich begründeten Zustand gegen den rechtswidrigen Willen Anderer zu sichern, so ist doch das Wesentlichste diess, dass das Civilrecht rechtliche Normen für den wirtschaftlichen Verkehr aufstellt, deren Anwendung und Handhabung es lediglich den Privatpersonen anheimgiebt. Wir haben daher zu unterscheiden die civilrechtliche Ordnung als Inbegriff objektiv feststehender rechtlicher Normen, die in ihrem Dasein und in ihrer Verbindlichkeit von dem Willen der Person absolut unabhängig sind, und die civilrechtliche Ordnung als den gegebenen Zustand der concreten vermögensrechtlichen Verhältnisse der Privatpersonen«. Letztere Ordnung zu »schaffen und herzustellen« ist der »Wille der Privatpersonen das notwendige Organ«. »Nicht unmittelbar das Recht an sich, das überall sonst in der Staatsgewalt das Organ besitzt, durch welches es sich bethätigt, sondern der Wille der Privatpersonen ist es, welcher die rechtliche Ordnung herstellt«[261]. Des Menschen Willen herrscht über sein Vermögen als »absoluter Herr« mit »souveräner Machtvollkommenheit«[262]. »Der Wille des Berechtigten ist es, der jede Aenderung des gegebenen Zustandes und selbst die rechtswidrige, durch seine Sanktion als recht erscheinen lässt«[263]. Die rechtlichen Normen haben auf dem Gebiete des Civilrechts »allein in dem Willen des Berechtigten ihr Dasein und können nur mittelst seiner und in ihm verletzt werden«. Das civile Unrecht »verletzt das Recht an sich lediglich im Willen des Berechtigten und mittels desselben«[264]. Es ist demgemäss »mittelbares Unrecht«, während das kriminelle Unrecht einen unmittelbaren Widerspruch gegen das Recht, die rechtliche Ordnung enthält«[265]. Ich habe selbst

---

261 Vgl. S. 86. 87.

262 S. 85.

263 S. 87.

264 S. 89 vgl. S. 90

265 S. 94. In dem Satze, der sich an den citirten anschliesst, wird ganz unvermittelt und ohne irgend welche Rechtfertigung ein neues Kriterium des Verbrechens eingeführt: es entspringe einer der Rechtsnorm widersprechenden »Maxime« des Verbrechers, der an Stelle der Herrschaft

wohl den — irre ich anders nicht — gleichen Gedanken so ausgedrückt: das Civilunrecht entsteht erst durch den Entschluss des Betroffenen sich verletzt fühlen zu wollen, und fand es sehr anschaulich, dass das Verbrechen so fertig in die Welt sprang wie Pallas aus Zeus' Haupt und so zweifelsohne mit der Existenz der Handlung als Unrecht vorhanden war. Nur Schade, dass die ganze Ansicht auf einer unrichtigen Auffassung des Vermögensrechtes und demgemäss auch der Vermögensbeschädigung ruht, und dass, selbst wenn diese letztere Auffassung richtig wäre, die Mittelbarkeit des Civilunrechts einen Unterschied desselben dem unmittelbaren Unrecht als einer anderen Art des Unrechts gegenüber nicht ermöglichen würde.

So sehr es Hälschner auch anerkennt, dass das Civilunrecht das objektive Recht mit verletzt[266], dass eine von dem Privatwillen in ihrem Dasein und ihrer Verbindlichkeit unab-

---

des Rechtes seine Willkühr setzen will. Diese Auffassung sucht Hälschner S. 94, 95 auch für das culpose Delikt zu rechtfertigen, während auf S. 107 grade in der culpa der Grund gefunden wird, fahrlässige Vermögensbeschädigung straflos zu lassen. Ueberhaupt, Hälschners Abgränzung des civilen vom kriminellen Unrecht geschieht auf Grund ganz verschiedener Kriterien. 1) Jenes ist zuvörderst mittelbares, dieses unmittelbares Unrecht. 2) Auf dem Gebiete der schuldhaften Vermögensbeschädigung ist dann immer civiles Unrecht das negative Verhalten dem Rechte des Andern gegenüber; S. 105. Hier liegt der Gegensatz in der Handlung. 3) Auf dem Gebiete der aktiven Vermögensbeschädigung ist immer civiles Unrecht die culpose, Verbrechen dagegen die dolose Vermögensbeschädigung; S. 107. 108. Hier liegt der Gegensatz in der Schuld. 4) An anderer Stelle (S. 88) heisst es: »es steht nichts entgegen, das schuldhafte civile Unrecht mit dem schuldhaften Unrecht, soweit es sich gegen das Vermögen richtet, zusammenzufassen«. Hier liegt der Unterschied in dem angegriffenen Objekte und man begreift nicht, wie H. zu verbrecherischen Angriffen auf das Vermögen kommt. 5) Vorübergehend erscheint das Verbrechen als das Unrecht aus »Maxime«; das Civilunrecht also als Unrecht, wo der Thäter die Herrschaft des Rechtes anerkennen will: (s. oben) hier sieht Hegels unbefangenes Unrecht durch.

[266] S. 89: »Daraus folgt, dass das civile Unrecht allerdings in jedem Falle auch Widerspruch gegen das Recht an sich, die rechtliche Norm ist.«

hängige Privatrechtsordnung existirt: in dem Kernsatze seiner Darstellung, dass die rechtlichen Normen auf dem Gebiete des Civilrechts allein in dem Willen des Berechtigten ihr Dasein haben und nur in ihm verletzt werden können, kehrt er wesentlich zu seinem früheren Ausgangspunkt im System des preussischen Strafrechts zurück: das Objekt des Civilunrechts ist lediglich die der freien Verfügung des individuellen Willens unterworfene Vermögensberechtigung, Objekt des Verbrechens »die objektiv daseiende Rechtsordnung«.

Jener Kernsatz aber ist durchaus unrichtig. Als eine der wichtigsten Normen des Civilrechtes wird Hälschner doch die auffassen: »Ihr sollt fremdes Vermögen nicht schädigen!« Diese Norm hat keineswegs lediglich in dem Willen des Berechtigten ihr Dasein: denn wenn dieser Wille und der der Norm sich nicht mehr deckten, so hörte ja die Norm auf zu existiren. Wehe den Rechtlichen wenn einmal die Spitzbuben die Majorität bekommen: denn diese erklären dann den Diebstahl für Recht. Der Wille, in dem allein die Civilrechtsnorm existirt, wird ja zum Gesetzgeber. Wenn er anders will als die Norm ist letztere abgeschafft; mit andern Worten: Objekt des Verbrechens ist das Recht, Objekt des Civilunrechts die subjektive Willkühr. Die Norm des Civilrechts aber steht über dem Belieben der Unterthanen grade so hoch als jede andere Norm: denn sie legt diesen eine Verpflichtung auf; wenn dagegen diese Verpflichtung nur in dem Willen des Berechtigten ihr Dasein hat, so ist es eben keine Pflicht mehr, sondern eine Wetterfahne, die der Wind der Willkühr bald so bald anders herumdreht.

Nun wird Hälschner erwidern, er habe die Identificirung von Civilrechtsnorm und Einzelwillen nur so verstanden, dass der Einzelwille die Kraft habe, die Verbindlichkeit der Norm »Ihr sollt fremdes Vermögen nicht schädigen!« für sein Vermögen und nicht für das der Anderen bei bestimmten Angriffsfällen ausser Kraft zu setzen. Er wird darauf hinweisen, dass der vermeintliche Dieb, wenn der Eigenthümer der Sache sie im Moment der Apprehension derelinquirt, durch diesen Willkührakt zum Nichtdieb gemacht wird, dass der

Gläubiger den widerrechtlich zögernden Schuldner gewähren lassen kann und dieser dadurch sich mit Willen des Gläubigers auf dessen Kosten bereichert, dass wenn der Beschädigte nicht klagt, das Recht grade so still bleibt als wäre ein Unrecht nicht geschehen. Mit andern Worten, die Civilrechtsnorm lautete: »Ihr sollt fremdes Vermögen nicht beschädigen, wenn der Berechtigte nicht einwilligt!« Darin also, dass die übertretene Norm eine bedingte ist und dass die Bedingung gestellt ist auf den Willen des Verletzten, läge das Eigenthümliche der Civilrechtsnorm und folgerichtig auch das des Civilunrechts. Allein giebt es Notzucht mit Einwilligung der Geschwächten, Vergewaltigung eines mit der Gewaltanwendung ganz Zufriedenen, Beleidigung eines über das Schimpfwort sich Amüsirenden? Giebt es einen Diebstahl mit Einwilligung des Detentors in die Wegnahme, eine Unterschlagung mit Einwilligung des Eigenthümers?[267] Mir däucht, die Funktion des Willens des Verletzten wäre gegenüber diesen, wenn ich so sagen darf, verbrecherischen Angriffen genau dieselbe, wie die gegenüber dem angeblichen Civilunrecht. In beiden Fällen aber hat dieser Wille nicht die Macht die Verbindlichkeit einer Norm für einzelne Fälle eigenwillig auszuschliessen — diess kann kein Einzelner sondern nur der Gesetzgeber! —, vielmehr ist das Einzige, was er vermag, das Objekt des Angriffs durch eine bestimmte Willensrichtung zu einem für den widerrechtlichen Angriff untauglichen zu machen. Die derelinquirte Sache geniesst des Eigenthumsschutzes nicht mehr, weil sie res nullius ist. Ein Ausschluss der Norm: Ihr sollt euch fremde Gegenstände nicht aneignen! durch die souveräne Willkühr des Verletzten könnte nur darin gefunden werden, wenn der Bestohlene die Sache als seine eigene und von ihm besessene behalten wollte, also sowohl der dieblichen Besitzentsetzung als der dieblichen Aneignung widerstrebte und dennoch erklären könnte: widerrechtliche Besitzentsetzung in Aneigungsabsicht begangen an dieser Sache soll keine Rechtswidrigkeit, kein Diebstahl sein. Wenn zur Zeit des Diebstahls

---

[267] S. Hälschner selbst in s. System I S. 231 ff.

der Wille des Eigners und Besitzers noch in der Sache liegt, so bleibt die Handlung Diebstahl, wenn auch der Bestohlene den besudelten Gegenstand nicht mehr zurückhaben will.

Also auch durch die Charakterisirung jener Civilrechtsnorm als einer in solcher Art bedingten würden wir nicht zu einer Abscheidung des Civilunrechts von dem Verbrechen gelangen.

Dann aber ist die ganze naturrechtliche Auffassung des Vermögensrechts als eines Stücks subjektiver Willensmacht neuerdings siegreich von Jhering widerlegt worden[268]. Zwei Erscheinungen, von denen Keine je aus dem positiven Recht verschwinden wird, schlagen jene Theorie aus dem Feld. Wenn das Vermögensrecht nur im Willen besteht, so kann es nur konstituirt werden durch einen Willensakt. »Die konkrete Vermögensberechtigung wird durch den Willen der Privatpersonen geschaffen und constituirt«[269]. Allein man denke an den suus heres, an den Satz des deutschen Rechtes »der Tode erbet den Lebendigen«, an den Erwerb durch den Sklaven und den Haussohn im römischen Rechte u. s. w. In allen diesen Fällen liegt der Erwerb des Rechts vor dem Beginn des Habenwollens. Wille und Recht decken sich nicht. Ferner: wenn das Vermögensrecht nur im Willen besteht, so können willensunfähige Personen kein Vermögen haben, demgemäss auch nicht in ihrem Vermögen verletzt werden. Aber selbst der unheilbarste Blödsinnige erwirbt Vermögen und besitzt solches ohne den Willen zu haben; Kinder desgleichen[270]. Im Schlafe und im Fieber sind wir nicht

---

[268] S. dessen Geist des röm. Rechts (1. Aufl.) III 1. S. 305 ff. Die SS. 310 u. 311 sind wie gemünzt auf Hälschners übertreibende Ausführungen auf S. 84 u. 85, wo die souveräne Herrschaft über das Vermögen als Erziehungsmittel« zur inneren sittlichen Unabhängigkeit von Anderen« erscheint.

[269] Hälschner a. a. O. S. 85. Vgl. allerdings S. 85 a. E. u. 86, wo aber die entgegengesetzte Erscheinung nur erwähnt und nicht erklärt ist.

[270] Sage man nicht, man schütze in ihnen die Möglichkeit künftigen Willens! Wenn Vermögensrecht Wille ist, so giebt es nur Vermögen eines gegenwärtig Wollenden. S. dagegen auch Jhering III 313 ff.

rechtlos und wir müssen nicht beim Frühstück von allen unseren gestrigen Rechten erst wieder Besitz ergreifen. Man mag einwenden: das Kind, der Wahnsinnige bekommen ja einen Willen beigelegt, den des Vormundes und des curator[271]. Allein erwirbt das Kind, wenn es suus heres ist, erst durch den Willen des Vormundes? Keineswegs! Und eine andere interessante Consequenz dieser Auffassung würde die sein: vertritt der Wille des Vormundes und des Curators den des Kindes und des Wansinnigen, so wäre auch in diesem Willen das Organ zu finden, welches die Verletzung des Mündelgutes zum Unrecht erklärte. Willigte der Vormund in die Wegnahme des Mündelgutes, so läge in dieser, obgleich sie mit Bewusstsein ihrer rechtsverletzenden Qualität von dem Dieb verübt würde, auch nicht einmal ein Civilunrecht vor. Das positive Recht freilich ist anderer Meinung. Und wenn gar der Vormund selbst das Mündelgut oder das Gut des furiosus schädigte, so würde jede Möglichkeit fehlen, dieses notwendig »mittelbare Unrecht« durch das Medium einer Willenserklärung durchgehen zu lassen, der Vormund könnte also den Mündel nicht civilrechtlich verletzen. Grade das Gegentheil aber ist anerkannt: es giebt also Civilunrecht, welches nicht mittelbares Unrecht ist; folglich ist das Civilunrecht nicht wesentlich mittelbares Unrecht, nicht wesentlich Verletzung eines subjektiven Willens. Folglich liegt in der angeblichen Mittelbarkeit nicht das Kriterium, welches es vom straf-

---

[271] Dieses ist die Auffassung Windscheids Pand. I § 37 n. 2. Was W. das. gegen Jhering vorbringt scheint mir nicht stichhaltig. Wenn Jhering III S. 317 das Privatrecht definirt als ein durch eine Klage geschütztes Interesse, so corrigirt er diese zu enge Definition auf ders. Seite, indem er sagt: »Rechte sind rechtlich geschützte Interessen«. Keineswegs aber beweist das Argument, dass Willensunfähige nicht klagen können, gegen Jherings Behauptung sie seien vermögensrechtsfähig und desshalb bestehe das Vermögensrecht nicht im Wollen. Im Gegentheil: wird das Interesse eines Menschen geschützt, der selbst nicht klagend auftreten kann, so folgt nach Jherings Auffassung daraus mit Notwendigkeit, dass ein Andrer als der Berechtigte in diesen Fällen klagen können muss. In Jherings Definition liegt es nicht, dass der Berechtigte auch notwendig der Klagende sein müsse.

baren Unrecht unterschiede. Die Fähigkeit des Privatwillens das Civilunrecht in Recht zu verwandeln existirt also nicht. Hat Jemand die Befugniss auf ein rechtlich geschütztes Interesse zu verzichten — der Vormund hat sie bezüglich des Mündelgutes nicht — und er hat diess gethan zur Zeit, wo er nach Absicht des Angreifers widerrechtlich angegriffen wird — und zwar muss er es zu Gunsten des Angreifers gethan haben —, so wird diesem allerdings die Widerrechtlichkeit unmöglich gemacht. Besteht aber das Interesse zur Zeit des Angriffs noch als ein Interesse des Angegriffenen, will dieser die Sache zu eigen behalten, will er nicht geschädigt werden, will er, dass der Schuldner zahle, so begeht der schuldhafte Angreifer ein Civilunrecht, welches nicht erst durch die Erklärung des Verletzten zu Stande kommt. Befände sich dieser zur Zeit des Angriffs auf Reisen, so würde die rechtliche Qualificirung der That nicht bis zu dessen Rückkehr oder bis er die Handlung erfahren hat in der Schwebe bleiben. Die Klagverjährung beginnt nicht erst mit der Erklärung des Verletzten gekränkt sein zu wollen: folglich wurzelt die Klage auch nicht in dieser, sondern in der That als solcher weil sie ohnedem schon widerrechtlich ist.

Der durch die Vermögensbeschädigung zur Klage Berechtigte braucht allerdings regelmässig nicht zu klagen, ich sage regelmässig: denn der Vormund erscheint zur Verfolgung im Interesse des Mündels verpflichtet, der negotiorum gestor nicht minder. Aber auch in einer Reihe von Verbrechensfällen ist es dem Staatsanwalt gradezu verboten zu klagen, falls nicht der Verletzte oder sein gesetzlicher Vertreter an ihn einen Antrag auf Strafverfolgung stellt. Indessen dadurch allein, dass ein Unrecht nicht verfolgt wird, verwandelt es sich nicht in Recht. Oder bleibt die Notzucht nicht widerrechtlich, auch wenn der Verletzte keinen Strafantrag stellt? Im Gebiete der Vermögensbeschädigung ist die Sache nicht anders: bis der bisherige Eigenthümer die ihm entwandte Sache nicht derelinquirt oder dem Entwender geschenkt hat, bis der Gläubiger dem ihn chikanirenden Schuldner die Schuld nicht erlassen hat, bleiben Dieb und Schuldner im Unrecht;

und wenn auch die Sache derelinquirt oder verschenkt wird und die Schuld erlassen ist, die Thatsache, dass widerrechtlich gehandelt worden ist, kann weder dadurch noch überhaupt aufgehoben werden: nur der Fortdauer eines unerlaubten Zustandes wird dadurch ein Ziel gesteckt.

Und damit dürfte die Macht des Privatwillens gegenüber der widerrechtlichen Vermögensbeschädigung auf das richtige Maass zurückgeführt sein: einer widerrechtlichen Handlung ex post den Charakter der Widerrechtlichkeit zu nehmen, das vermag sie nicht. Damit aber fällt Hälschners gesammte Theorie in sich zusammen.

Selbst aber ihre Richtigkeit momentan einmal zugegeben, das Civilunrecht sei mittelbares, das Verbrechen unmittelbares Unrecht, so bezieht sich ja dieser ganze Unterschied auf die Entstehungsgeschichte des Unrechts. Das gewordene Civilunrecht hat ja den Schlagbaum des Privatwillens glücklich passirt und steht nun der Rechtsordnung grade so zudringlich und unmittelbar auf dem Nacken wie das Delikt. Alles noch nicht gewordene Unrecht ist noch nicht Unrecht: vergleichbar sind nur das fertige Verbrechen und das fertige Civilunrecht und diese verletzen das Recht gleich unmittelbar.

Damit aber steht für uns wenigstens das Resultat fest: es giebt zwar Arten des Unrechts; allein von allen denkbaren Eintheilungen des Unrechts in Arten fällt nicht eine einzige mit der Unterscheidung des strafbaren und des nicht strafbaren Unrechts zusammen.

§ 27. IV. Die Fragstellung bei wesentlicher Gleichheit oder Ungleichheit von Strafe und Schadenersatz.

Erscheint es somit unstatthaft das Verbrechen als eine besondere Art der Widerrechtlichkeit dem sog Civilunrecht gegenüber zu stellen, so ist damit noch Nichts darüber entschieden, ob die Rechtsfolgen, die man ungenau als die beiden

Hauptfolgen des Unrechts zu bezeichnen pflegt[272], ob die Strafe und die Verbindlichkeit zum Schadenersatz sich generisch unterscheiden, oder ob Beide vielmehr wie das gesammte Gebiet des Unrechts sich als wesentlich gleichartig darstellen? Es ist aufklärend die gangbaren Wege zu Erklärungen für beide Theile der Alternative in ihrer Richtung zu verfolgen, ehe die Antwort über die Gleichheit oder Ungleichheit von Strafe und Schadenersatz selbst gegeben wird.

1. Sind diese Rechtsfolgen wesentlich verschieden, so kann diese ihre Verschiedenheit nicht gegründet werden auf eine wesentliche Verschiedenheit der widerrechtlichen Thatbestände; denn damit würde ja auf die widerlegte generische Verschiedenheit von Verbrechen und Civilunrecht als Arten des Unrechts zurückgegriffen[273]. Wir würden in diesem Falle folgern müssen: die Rechtsfolgen unterscheiden sich wesentlich; der Grund der Rechtsfolge liegt im Thatbestand; nur wesentlich verschiedene Thatbestände können wesentlich verschiedene Folgen erzeugen. Wenn also gewisse Handlungen nur mit Straffolgen ausgestattet werden, andere nur mit Civilfolgen, so darf unter keiner Bedingung zur Erklärung dieser Thatsache auf die Verschiedenheit der Thatbestände zurückgegriffen werden; an Diebstahl und Betrug allein würde dieser Erklärungsversuch zerschellen.

Nun steht die Untersuchung vor folgender Alternative. Sie muss verschiedenartige Rechtsfolgen anerkennen, darf diese Verschiedenheit aus den Thatbeständen nicht erklären, sie könnte also sagen:

a. was die Folge eines Unrechts heisst, wird in Wahrheit von diesem als Grund nicht bedingt; Strafe und Schadenersatzverbindlichkeit sind keine Folgen des Unrechts und müssen wo ganz anders her erklärt werden als aus den widerrechtlichen Handlungen, an die sie sich knüpfen. Hinsichtlich der Strafe wenn auch nicht hinsichtlich des Schadenersatzes hatte ein Theil der relativen Theorien aber allerdings

---

[272] S. darüber des Näheren in § 28.

[273] Diesen letzten Fehler macht Merkel a. a. O. bes. S. 60.

nur mit halbem Mute diesen Weg eingeschlagen: die Theorieen der Abschreckung durch den Strafvollzug, durch die Strafdrohung, durch die Warnung, die Theorieen der General- und Spezialprävention und der Besserung gründen die Strafe und sogar in erster Linie auf etwas Anderes als das Verbrechen, welches nur als notwendiges Beweismaterial für die Notwendigkeit der Abschreckung, die Wirkungslosigkeit der Strafdrohung oder der Warnung, die verbrechenschwangere Gesinnung der Menschheit oder des Delinquenten, die mangelhafte Charakterausbildung desselben in Betracht kommt. In unheilbarer wissenschaftlicher Schwäche sind diese Theorieen doch ausser Stande die Strafe von der Natur des Verbrechens ganz und den Schadenersatz von der Natur des sog. Civilunrechts überhaupt auch nur zu einem Theil loszulösen; sie müssen somit die Rechtsfolgen doch wieder an den Thatbestand als ihren Grund anknüpfen. Diese Fehler und Halbheiten der relativen Theorieen zu vermeiden und die Strafe wirklich nicht aus dem Unrecht herzuleiten, Strafe und Verbrechen für völlig von einander unabhängig zu erklären, dazu habe ich wenigstens den Weg nicht finden können.

b. So würde — immer die wesentliche Verschiedenheit der beiden Rechtsfolgen vorausgesetzt — die zweite Alternative bleiben. Gewisse Rechtswidrigkeiten werden nur gestraft, bei gewissen andern greift nur Schadenersatzverbindlichkeit Platz, eine dritte Gruppe erzeugt beide Rechtsfolgen; nun wäre sehr wohl denkbar:

α. dass alles Unrecht ein Deliktsmoment in sich trüge, an welches eine Straffolge geknüpft werden könnte, und dass zugleich alles Unrecht als solches zum Schadenersatz oder seinem Analogon verpflichtete: die beiden Rechtsfolgen wären dann immer Zwillingsschwestern erzeugt von der Einen Rechtsverletzung.

Dann würde es nur noch der Erklärung bedürfen, wie es komme, dass das positive Recht das Unrecht nicht überall straft und in vielen Fällen lediglich straft? Und wieder könnte der Versuch diess klar zu stellen auf einer behaupteten wesentlichen Verschiedenheit der Thatbestände nicht fussen. Der

Normalfall wäre dann der Diebstahl mit seiner Doppelfolge. Oder aber

β. könnte alles Unrecht als solches nur eine Rechtsfolge erzeugen, seis die Strafe, seis die Verpflichtung das Geschehene zu beseitigen, und es dürfte dann die sog. andere Rechtsfolge nicht an den Thatbestand der widerrechtlichen Handlung als solchen angeknüpft werden. Entweder wäre dann die Strafe die einzige Rechtsfolge des Unrechts als solchen und die Verpflichtung zum Schadenersatz flösse aus einer andern Quelle: es gölte dann diese nachzuweisen und die häufige Straflosigkeit des Unrechts zu erklären. Oder aber die Strafe wurzelte nicht im Unrecht und dessen einzige Rechtsfolge wäre die Schadenersatzverbindlichkeit mit ihren Verwandten.

2. Es wäre nun aber auch möglich, dass Strafzwang und Entschädigungszwang wesentlich gleichartig wären. Dann wären beide wirklich Rechtsfolgen des Unrechts; die Verschiedenheit zwischen ihnen würde dann entweder auf eine quantitative hinauslaufen oder aber es entschieden Zweckmässigkeitsrücksichten über die Anwendung des Einen oder des Andern im einzelnen Unrechtsfall. Grade diese Auffassung von der wesentlichen Gleichheit Beider ist neuerdings von Merkel ausführlich vertheidigt worden und auch Heinze stellt jetzt den Schadenersatz unter »die unvollkommenen Erscheinungsformen der bürgerlichen Strafe«[274].

---

[274] S. Heinze Handbuch I S. 337. 338: »Wie einerseits jede Verletzung eines Privatrechts zugleich eine Verletzung des objektiven Rechts enthält, so liegt andererseits in jeder Wiederherstellung eines verletzten Privatrechts zugleich eine Anerkennung und Genugthuung für die verletzte objektive Rechtsordnung«. Da Heinze seine Meinung nur ausspricht, ohne sie eingehender zu begründen, so wende ich mich besonders gegen Merkel. — Niemand hat das pönale Element in dem Schadenersatz klarer nachgewiesen als Jhering in s. Schuldmoment S. 21 ff., allein S. 61 ff. sind doch offenbar so zu deuten, dass auch für Jhering Strafe und Schadenersatz zwei scharfe Gegensätze bilden; nur so erklärt sich der Satz S. 61: »Die Thatsache aber ist, dass auf dem Gebiete des Civilrechts die Idee der Strafe der des Schadenersatzes erlegen ist«.

Merkel parallelisirt den einheitlichen Begriff des Unrechts mit dem »einheitlichen Begriff der Rechtsfolgen des Unrechts« »als Inbegriff dessen, wodurch die Erscheinungen, in welchen das Unrecht seine Existenz hat, den Forderungen des Gemeinwillens gemäss wieder aufgehoben werden sollen«[275]. Nun knüpfen an diejenigen Erscheinungen, die der »äusseren Sphäre« (?) angehören die civilen Rechtsfolgen des Unrechts, an diejenigen, welche der »inneren Sphäre« (?) angehören (gleich nachher heissen sie die »idealen«[276]), die strafrechtlichen Rechtsfolgen. »Schliesst das Unrecht . . . . . seinem eigentlichen Wesen nach einen Zwiespalt zwischen jenem (dem Einzelwillen) und diesem Willen (dem Gemeinwillen) ein, so muss der das Unrecht bekämpfende Rechtszwang in allen seinen Formen wesentlich eine Aufhebung dieses Zwiespaltes bezwecken«[277]. Auch der Civilzwang bekämpft nicht das äussere Faktum, sondern »die Objektivirung eines der Herrschaft des Rechts widerstrebenden Willens«; der Strafzwang ist aber unmittelbar »auf die ideale Integrität des Verletzten (?) gerichtet«: »so dass also beiderlei Rechtsfolgen ihrem eigentlichen Wesen nach zusammenfallen«[278].

Es ist nicht ganz leicht hier an all den Klippen, die in unbestimmten Ausdrücken und Begriffen liegen, ohne die Meinung des Autors zu schädigen vorbeizufahren: ich halte mich desshalb an den bestimmteren Ausdruck, dass der Strafzwang wie der Civilrechtszwang »sein eigentliches Ziel« »in der Herstellung eines Ideellen, des normalen Verhältnisses zwischen dem

---

[275] Merkel I S. 57.

[276] Sollten wirklich diese Ausdrücke gleichbedeutend gemeint sein? Die innere Sphäre ist doch die der Schuld; die »idealen Erscheinungen« können auch verbrecherische Handlungen sein, sofern sie nur nicht eine bestimmte Veränderung in der »äusseren Sphäre« d. h. in dem objektiven Rechtsbestande bewirken. Mir scheint Merkel bei seinen weiteren Ausführungen bald das Eine bald das Andere vor Augen zu haben. — An diese Stelle Merkels knüpft die oben (S. 138 ff.) erwähnte Theorie Heysslers an.

[277] S. 58.

[278] S. 59.

Willen des Verletzenden und dem des Verletzten (des Gemeinwillens und des von ihm geschützten Einzelnen)« findet[279]. Der Strafzwang nimmt diese Aufgabe unmittelbar, der Civilzwang mittelbar in Angriff.

Demgemäss kömmt im Strafzwang der Begriff der »einheitlichen Rechtsfolge« am reinsten zur Darstellung, ja man muss nach Merkels Ausführungen streng genommen sagen: der Civilzwang enthält den Strafzwang in sich und soweit sind Beide identisch; der Civilzwang begreift aber noch ausserdem den Zwang zur Wiederaufhebung der der äusseren Sphäre angehörigen Erscheinungen des Unrechts. Am Deutlichsten tritt dies bei Diebstahl, Betrug und Unterschlagung hervor: wenn die Strafe schon das normale Verhältniss zwischen dem Willen des Diebes und dem Gemeinwillen herstellt, so bleibt ja dem Civilzwang, wenn er nicht noch eine Funktion darüber hinaus zu erfüllen hat, nichts mehr zu thun übrig, und er müsste dann nach Merkel wegfallen, weil sein »eigentliches Ziel« erreicht ist. Diess will aber nun Merkel nicht, ohne dass er jene zweite Funktion, die keineswegs nur ein Accidenz der wesentlichen sein darf, zu bezeichnen und zu begründen wüsste.

Die einheitliche Rechtsfolge alles Unrechts ist also nach Merkel die Strafe und da der Civilzwang »die wesentlichen Momente des Strafzwangs in sich hat« (demgemäss also Strafe ist), »so ist es denkbar, dass er diesen letzteren (den Strafzwang) in gewissem Umfang ersetze«[280]. Allein was Strafe ist, kann die Strafe nicht ersetzen; das Problem das Merkel zu lösen hätte, wäre vielmehr diess: wie kommt es, dass die Urheber gewisser widerrechtlicher Handlungen durch den Civilzwang nicht nur gestraft werden, sondern dass der Civilzwang noch ein anderes und zwar »nächstes Ziel«[281] gegen sie verfolgt? Die reine Strafe müsste die Regel sein, die

---

[279] Ich lasse die Richtigkeit dieser angeblichen Zwecke von Straf- und Civilzwang, die keineswegs unanfechtbar ist, hier einstweilen dahingestellt. Vgl. darüber unten § 28.

[280] S. 59.

[281] S. 59 unten.

qualifizirte Strafe des Civilzwangs die Ausnahme, und deren Umfang müsste bestimmt werden. Statt dessen dreht Merkel das Verhältniss selbst ganz plötzlich auf den Kopf und vernichtet mit einem Schlage alle seine wertvollen negativen Resultate [282].

Statt die Strafe incl. des Civilzwangs, soweit er mit jener identisch sein soll, als das primäre und jenes »nächste Ziel des Civilzwangs« als das secundäre, für die »Rechtsfolge« accidentelle zu betrachten, kömmt plötzlich unter den »ihrem wesentlichen Zwecke nach identischen Mitteln zur Repression des Unrechts« dem Strafzwang als dem »energischeren Mittel« »naturgemäss eine subsidiäre Stellung zu« (S. 64), wird ebenso plötzlich das Gebiet des Civilzwangs als gegeben betrachtet, die Strafnatur desselben fallen gelassen und gesagt: wenn der Civilzwang schon »den der Herrschaft des Rechts widerstrebenden Willen trifft, so werden wir um mit ihm den Strafzwang noch zu verbinden (!), ein Mehreres fordern müssen, als ein dieser Herrschaft widerstrebendes Verhalten, ein Mehreres also als mit den allgemeinen Merkmalen des Unrechts gegeben ist. Wir werden darüber hinaus voraussetzen müssen, dass der in concreto vorliegende Zwiespalt zwischen dem individuellen Willen und dem allgemeinen in der äusseren Thatsache, gegen welche sich der Civilzwang richtet, seinen erschöpfenden Ausdruck nicht gefunden hat«. Welche einander widerstrebende Gedankenreihen liegen in diesen wenigen Sätzen! Der Civilzwang ist primär (auch wohl bei der Tödung), der Strafzwang das energischere Mittel und desshalb subsidiär. Nun soll das härtere Mittel nur dann zur Anwendung kommen, wenn das mildere nicht mehr ausreicht: jenes muss also dann dieses ausschliessen. An der Existenz von Thatbeständen, welche wie Diebstahl, Betrug u. s. w. sowohl civile als kriminelle Rechtsfolgen haben, scheiterten alle Versuche das Verbrechen und das Nichtverbrechen als Arten des Unrechts zu begreifen: nun wohlan an denselben Klippen zerschellt die Ansicht, Strafe und Schadenersatz seien wesentlich identisch und jene nur

---

[282] S. 60—64.

energischer als diese. Denn ist es nicht mehr als bedenklich, dass grade diejenigen Thatbestände, über deren Strafbarkeit am Meisten Zweifel bestehen kann, unter den doppelten Strafhammer des Civilzwangs und des Strafzwangs genommen werden sollen? Bilden Strafe und Schadenersatz wirklich eine Stufenleiter, so betritt der Fuss die höhere Sprosse doch erst, wenn er die niedere verlassen hat, und dann muss über der äussersten Stufe des Civilzwangs und kann nicht unter derselben das subsidiäre energischere Mittel der nicht civilen Strafe (sit venia verbo!) beginnen. Nur wenn Strafe und Schadenersatz wesentlich verschieden sind, lässt sich erklären, dass Beide bei verhältnissmässig leichten Delikten neben einander vorkommen und noch dazu ohne dass die eintretende Strafe den Umfang der Civilverbindlichkeit verringerte und das Unvermögen des Betrügers Ersatz zu leisten als Strafschärfungsgrund erschiene. Damit fällt diese behauptete wesentliche Gleichheit von Strafe und Schadenersatz rettungslos in sich zusammen.

Nicht ohne schweren Zwang gegenüber seinen eignen Ergebnissen sucht Merkel diese Thatsache der Doppelbestrafung zu erklären. Merkel hat noch keineswegs bewiesen und kann es bei seinem ganzen Gedankengange nicht nachweisen, dass der Schadenersatz durch die Strafe nicht absorbirt werde; er hat nicht begründet, dass und warum der Civilzwang nur gegenüber der Vermögensverletzung stattfindet; nun wird diess plötzlich als selbstverständlich angenommen und nun sehen wir mit Augen, wie der Widerspruch zwischen Gemeinwillen und Einzelnwillen in der äusseren Thatsache, gegen welche sich der Civilzwang richtet, seinen erschöpfenden Ausdruck nicht gefunden hat, wie desshalb der Ueberschuss noch von der Strafe neben dem Civilzwang ergriffen werden muss. Ist denn aber der Reichthum des Diebes Strafmilderungs-, seine Armut Strafschärfungsgrund?

Und an derselben Stelle wird das Gebiet des Civilzwangs wieder nicht mit der Vermögensverletzung identificirt. Bisher lehrte Merkel: Arten des Unrechts mit Bezug auf Strafbarkeit oder Nichtstrafbarkeit giebt es nicht; die eine Rechtsfolge

alles Unrechts ist die Strafe, zu der der Civilzwang mitgehört. Jetzt heisst es, um mit dem Civilzwang Strafe verbinden zu dürfen, muss ein »Mehreres, als mit den allgemeinen Merkmalen des Unrechts gegeben ist« gefordert werden; die Strafe verlangt also nicht nur Unrecht, sondern eine besondere Art des Unrechts: nämlich ein Nichterschöpftsein des Zwiespaltes zwischen Thäter und Recht in den äusseren Thatsachen, gegen welche sich der Civilzwang richtet. Damit wird ja die Abgränzung zwischen Verbrechen und Nichtverbrechen wieder auf dem Gebiete der rechtswidrigen Thatbestände gesucht, das neue Kriterium aber ist leider von einer bedenklichen Unbestimmtheit und steht mit Merkels Lehre vom Unrecht noch dazu in schneidendem Widerspruch. Unrecht ist nach ihm grade jener bethätigte Zwiespalt zwischen Einzelwillen und Gesammtwillen; darin wurzelt hier plötzlich die Strafe nicht sondern in einem Mehreren: in der Inkongruenz des Unrechts mit den äusseren Thatsachen, gegen welche sich der Civilzwang richtet: man könnte sagen, in der Widerspenstigkeit dieser Thatsachen, sich nicht genau in das Prokrustesbett des Unrechts einspannen zu lassen, sondern kleiner zu sein. Allein wie in aller Welt springt hiermit eine besondere Art des Unrechts heraus? Und wenn durch diese Inkongruenz keine besondere Art des Unrechts begründet wird und in ihr doch der Grund der Strafe liegt, so wird ja diese plötzlich an eine Thatsache ausserhalb des Unrechts angeknüpft.

Der Grund, warum sich Merkel in eine unlösbare Verwirrung verwickelt, ist die vorschnell angenommene wesentliche Identität von Strafe und Schadenersatz: Merkel hat versäumt zu untersuchen, ob und wieweit eine solche Identität wirklich vorhanden sei, und um sie zu retten an der Stelle, wo sie als unrettbar erscheint, verfällt er in den von ihm selbst so siegreich bekämpften Fehler: Verbrechen und Nichtverbrechen als Arten des Unrechts zu begreifen und Strafe wie Schadenersatz zu erklären aus den Verschiedenheiten im Thatbestande des Unrechts[283].

---

[283] Ich weise hier noch kurz auf einige Widersprüche in den Mer-

§ 28. V. Die wesentliche Verschiedenheit von Strafe und Schadenersatz[284].

Zwischen den beiden Rechtsfolgen, die Merkel unter einen Begriff bringt, besteht nun aber die tiefste wesentliche Verschie-

---

kelschen Ausführungen hin. S. 54 wird entwickelt, das System der civilrechtlichen Verpflichtungen »ruhe lediglich auf einem strafrechtlichen Fundamente, indem nämlich die Quelle der zivilrechtlichen Verpflichtungen im Allgemeinen in der Eventualität einer Verletzung zu suchen ist, deren Wirklichkeit das Princip der strafrechtlichen ausmacht«. In demselben Momente also, in welchem Schadenersatz und Strafe sich im Begriff der Strafe vereinigen, klaffen die Thatbestände, mit denen sie verknüpft werden, in zwei Arten aus einander: in die eventuelle Verletzung (Schadenersatz) und in die wirkliche (Strafe). — Im Texte stellte sich heraus, wie die Rechtsfolge des Unrechts die Strafe (den Schadenersatz inbegriffen) ist: auf S. 1 denken wir »wenn wir das bürgerliche Unrecht dem strafbaren Unrechte gegenüberstellen« »an verschiedene Seiten der rechtlichen Verantwortlichkeit, welche sich in rechtswidrigen Handlungen begründen kann«. Hier ist also ihre Verschiedenheit betont. — Während S. 40 gesagt wird: »es lässt sich dem allgemeinen Thatbestand des bürgerlichen Unrechts kein davon verschiedener allgemeiner Thatbestand des strafbaren Unrechts gegenüberstellen«, so beginnt, nachdem auf S. 59—64 jene merkwürdige Umkehrung der ganzen bisherigen Deduktionen eingetreten ist, auf S. 64 ff. die Untersuchung über die Thatbestände, »in welchen es bei dem blossen ... Zivilzwang .. sein Bewenden hat«; dahin gehört zunächst I. das »bloss negative (Vermögens-) Unrecht«: S. 64—66; dass Merkel ein Begehungsunrecht mit einer Unterlassung verwechselt ist oben hervorgehoben (S. 145. 146) II. Auch bei den posit. reinen Vermögensverletzungen erscheint die Civilhilfe in besonders weitem Umfang als ausreichend, einmal wegen der »vollkommenen Ersetzbarkeit der fraglichen Güter«, die aber allerdings »nur den reinen nichtqualifizirten Vermögensbeschädigungen gegenüber existirt« (S. 66 Z. 9 von unten ist der Diebstahl qualifizirte, S. 67 Z. 4 von oben nicht qual. Vermögensverletzung), nicht beim Diebstahl, »dessen Wirkungen über die Sphäre des unmittelbar Verletzten weit hinausgehen, eine mehr oder minder intensive Störung des allgemeinen Sicherheitsgefühles einschliessen« (S. 67). Man sollte nun denken, dass die Unersetzbarkeit im einzelnen Falle Grund zur Bestrafung abgäbe, unter Anderem, wenn Jemand, der weiss, dass er zur Reparation unvermögend sei, beschädige: aber nein, nicht die wirkliche Unersetzbarkeit, vielmehr die vielleicht völlig vergebliche Bemühung den Ersatzanspruch zu

denheit. Da der Schaden durch ein Rechtssubjekt ersetzt wird, die Strafe an einem Rechtssubjekt vollzogen wird, möge es mir erlaubt sein, Strafe leiden und Schadenersatz leisten zusammenzufassen unter der Bezeichnung einer rechtlichen Leistung seitens des Rechtssubjektes. Es unterscheiden sich Strafe und Schadenersatz zunächst:

1. bezüglich der Personen, die leisten können oder leisten müssen. Den Unschuldigen strafen ist Justizmord; dass der Unschuldige den Schaden ersetze, den ein anderer Schuldiger oder Unschuldiger oder gar der Zufall angerichtet hat, erscheint in keiner Weise anstössig. Die Strafe ist also ausnahmlos eine höchst persönliche Leistung des der Rechtsverletzung Schuldigen [285], der Schadenersatz keineswegs, und zwar in doppelter Beziehung nicht. Die Schadenersatzklage richtet sich zwar regelmässig, aber durchaus nicht immer gegen den Schädiger, und wenn sie es auch thut, nimmt das Recht nicht den geringsten Anstand den Verletzten seiner Klage für verlustig zu erklären, wenn er durch einen beliebigen Dritten den vollen Ersatz erhalten hat. Wie wenig aber Schädiger und Ersatzpflichtiger nach Auffassung des Rechtes iden-

---

vereiteln, ja selbst »die Voraussetzung«, dass die Ersetzbarkeit »im einzelnen Falle sich als eine illusorische erweisen werde« begründet dann die Strafbarkeit. So ist die Frucht der trotz Allem und Allem sehr verdienstlichen und höchst dankenswerten Bemühung Merkels ausser der trefflichen Kritik der bisherigen Versuche eine berichtigte erneute Stellung der Frage, während der Versuch sie zu lösen nicht nur in seinem End- sondern auch in seinem Ausgangspunkte als verfehlt erachtet werden muss.

[284] Ob in diesem Gegensatze nicht vielleicht der Schadenersatz durch einen weiteren Begriff ersetzt werden muss, bleibe zunächst einmal dahingestellt.

[285] S. deutsches Strafgesetz § 30 »In den Nachlass kann eine Geldstrafe nur dann vollstreckt werden, wenn das Urtheil bei Lebzeiten des Verurtheilten rechtskräftig geworden war«. Gegen Oppenhoff zu § 28 n. 16, der behauptet, der Staat könne, ja müsse die Zahlung der Geldstrafe auch von einem andern als dem Verurtheilten annehmen, mit vollem Fug und Recht Lehmann, Bezahlung der Geldstrafe für den Verurtheilten als Begünstigung der Strafthat bei Goltdammer XIX S. 784 ff.

tisch sind, diess beweist — um von allen besonderen Fällen, wo Jemand für einen Dritten haftet abzusehen, — der Uebergang der Ersatzklagen auf die Erben: eine Strafklage wider den Erben des Thäters ist für ein einsichtiges Recht ein Unding.

Diess führt zu dem nicht minder wichtigen andern Differenzpunkt: Schuldlosigkeit ist notwendiger Ausschliessungsgrund für die Strafe, nicht für die Verpflichtung zum Schadenersatz; die Schuld des Erblassers überträgt sich nicht auf den Erben: das Recht kennt glücklicher Weise nicht noch eine Erbsünde; der Eigenthümer darf seine Sache von dem schuldlosen Besitzer ebenso vindiziren wie von dem malae fidei possessor. Man wendet vielleicht ein: die Restitution der Sache seitens des gutgläubigen Besitzers ist kein Ersatz, ist wenigstens häufig weniger als Ersatz. Letzteres ist richtig, aber es kann in der Restitution voller Ersatz liegen: und dann ist auch der b. f. possessor zum vollen Schadenersatz verpflichtet. Die Strafe muss also der schuldige Thäter immer in Person leisten; den Schaden ersetzen darf immer auch der Schuldlose und muss häufig der Schuldlose. Diesen Thatsachen gegenüber ist Merkels Satz, der Entschädigungszwang richte sich wesentlich auf Herstellung des normalen Verhältnisses zwischen dem Willen des Verletzenden und dem des Verletzten (des Gemeinwillens und des von ihm geschützten Einzelnen)[286], völlig unhaltbar. Aus dem Gesagten folgt ein wichtiges Resultat: die Verpflichtung zum Schadenersatz kann als in der schuldhaften That als solcher wurzelnd nicht betrachtet werden, sonst müsste sie mit der Schuld erlöschen und könnte ohne Schuld nicht entstehen[287]; demgemäss kann ihre wesentliche Bestimmung nicht sein, durch den Zwang zur Leistung den Willen des Schuldigen zu bekämpfen; demgemäss ist es unmöglich zu sagen, die Schadenersatzleistung hebe die schuldhafte That auf; demgemäss ist augenscheinlich, dass die

---

[286] S. 59.

[287] Ueber die Grundlagen des Schadenersatzanspruches s. des Näheren § 30.

rechtliche Aufstellung einer Schadenersatzverbindlichkeit nicht in der Rücksicht auf den Schuldigen als solchen zu suchen ist.

2. Des Weiteren unterscheiden sich Strafe und Schadensatz bezüglich dessen, zu dessen Gunsten geleistet wird. Einen Schaden ersetzen dem nicht Geschädigten ist in sich widerspruchsvoll. Für den Schadenersatz ist also das Subjekt, dem geleistet werden muss, ebenso absolut bestimmt, wie bei der Strafe das Subjekt, welches leisten muss. Die Strafe als solche wird nicht zu Gunsten eines Privaten geleistet, überhaupt nicht zu Gunsten eines Rechtssubjektes; sie wird immer der Rechtsquelle, insbesondere dem Staate geleistet, auch in den Fällen der Privatstrafe: die Rechtsminderung tritt auch hier von Staatswegen ein, und dass sie zugleich zum Vortheil eines Privaten gereicht, ist für die Strafe unwesentliches Accidenz. Der Staat kann diesen Vortheil beliebig dem Beschädigten oder dem Angeber oder einer bestimmten Anstalt oder einer Gemeindekasse[288] zuweisen, und die Polizeistrafgesetzgebung bietet genug Beispiele, dass der Staat so verfährt.

3. Der wichtigste Unterschied aber besteht bezüglich dessen, was zu leisten ist. So nahe es liegt, bei der Strafe auf das Leiden, bei dem Schadenersatz auf das Thun hinzuweisen, so wenig wäre es richtig daraus einen wesentlichen Gegensatz zwischen Strafe und Ersatz zu machen. Wenn auch allerdings die Schadenersatzverbindlichkeit nicht anders als durch eine Bethätigung erfüllt werden kann, so besteht doch die Strafe bald auch in einem Thun bald aber in einem Leiden. Die Geldstrafe und die Schadenersatzleistung haben äusserlich betrachtet die grösste Aehnlichkeit. Wohl aber liegt darin ein wesentlicher Gegensatz: die Strafe will einem ganz bestimmten Schuldigen, dass ich den weitesten Ausdruck gebrauche, einen Rechtsnachtheil zufügen und sie fügt ihn immer zu: die Schadenersatzverbindlichkeit ist wie schon gesagt nicht wesentlich an den Schuldigen gebun-

---

[288] S. Jolly, Bad. Polizeistrafgesetzbuch S. 30. 31.

den und der gegebene Ersatz soll für den, der ihn leistet, nicht notwendig einen Vermögensnachtheil bedeuten. Wer nur das wieder herausgeben muss, was er durch eine rechtswidrige Handlung erlangt hat, hat delinquirt, ohne dass er in Folge des Delikts ärmer wird als er vor demselben gewesen ist. Allerdings, ist der Schadenersatzleistende durch die Thatsache, die ihn zum Ersatz verpflichtet, um weniger bereichert, als er leisten muss, dann erleidet auch er eine Rechtsminderung. Aber das Recht legt kein Gewicht darauf, dass er leide. Die Strafe soll eine Wunde schlagen, der Schadenersatz eine andere heilen, wenn möglich ohne eine zweite zu verursachen; führt auch er eine Rechtsminderung herbei, dann dient sie nur zur Aufhebung eines dem Rechte nicht gemässen Zustandes: was der Ersetzende leistet kommt dem Geschädigten nicht positiv zu Gute, es beseitigt nur, was ihm an Einbusse verursacht ist. Und damit stehen wir an dem Kern des Unterschiedes zwischen Strafe und Ersatz: das Wesen des Schadenersatzes besteht in seiner Bestimmung zu repariren, einen im Rechte nicht begründeten Zustand zu verdrängen durch den der Rechts-Ordnung gemässen; derjenige aber, der Strafe leidet, soll und kann durch sein Leiden nicht einen widerrechtlichen Zustand aufheben: die Strafe ist bestimmungsgemäss etwas Anderes als Reparation. Man verweist vielleicht als auf einen Gegengrund auf die abgeschafften Strafen der Abbitte und der Ehrenerklärung. Wenn diese aber in Wahrheit hätten repariren sollen, dann hätten sie dem Beleidigten soviel Ehre als er verloren gehabt wieder zuführen müssen. Hatte der Beleidigte aber wirklich soviel Ehre verloren, so war ja die anscheinende Injurie, wegen deren abgebeten wird, gar keine wirkliche Ehrverletzung gewesen, und die Abbitte ist es dann nicht, die diese Zufuhr an neuer Ehre bewirken kann. Objekt der Injurie ist die Ehre soweit sie unverloren; die Injurie mindert die Ehre nicht, sonst würde sie zugleich einen Selbstmord an ihrer verbrecherischen Natur begehen, sie kränkt den Träger der Ehre: Abbitte und Ehrenerklärung können Genugthuung leisten für etwas Irreparabeles, nie aber wie der Schadenersatz einen rechtswidrigen Zustand aufheben.

Ein anderer Gegengrund ist wichtiger. Wie oft ist nicht behauptet worden, gleich wie der Schadenersatz den Schaden auf dem Boden der Vermögenswerte, so reparire die Strafe einen ideellen Schaden: sie stelle wieder her die Herrschaft des Rechts oder das normale Verhältniss des Verbrechers zum Recht, oder sie hebe die turbulente Wirkung des Verbrechens auf. Allein es sind diess lauter fehlerhafte Bilder, grade so fehlerhaft wie die Hegelsche »Nichtigkeit des Verbrechens«, die endlich einmal aus unseren criminalistischen Ausführungen verschwinden dürfte[289]. Unsere Normen sind nicht göttlicher Substanz und höchstens der Verbrecher trägt mehr von Fleisch und Bein an sich als seine That. Ebensowenig ist verbrechen und Anarchie bewirken identisch: der Wille des Gesetzgebers, dass die Unterthanen den Normen gemäss leben sollen, wird durch das Verbrechen nicht im mindesten alterirt; seine Herrschaft braucht desshalb nicht wiederhergestellt zu werden. Was aber die Wiederherstellung des normalen Verhältnisses zwischen Verbrecher und Gesetz anlangt so ist dagegen zu sagen: dass der Verbrecher delinquirt hat, ist nicht ungeschehen zu machen; dass die Strafe ihn zu dem Entschlusse veranlasse, sich unter das Recht zu beugen, ist ihr durchaus unwesentlich, und wie Mancher hat das Zuchthaus Rache gegen die Gesellschaft brütend und mit dem Rechte ein für alle Male zerfallen verlassen! Dass aber die Strafe den ideellen Schaden im Welckerschen Sinne aufhebe, ist eine Präsumtion ohne Grund und Boden. Das Einzige, was sich ja von einer Reparation durch die Strafe sagen lässt, ist diess: die verbüsste Strafe erlöst den Sträfling von der Strafforderung des Staates; er wird dieser gegenüber frei. Wer aber in dieser Reparation eines vor weiterer Strafforderung sicheren Zustandes das Wesen der Strafe erblickt, dem müssen Strafe, Gnade, Verjährung der Strafklage und des

---

[289] Vgl. dagegen auch Stahl, Rechts-Philosophie II S. 174. Dagegen wieder ganz neuerdings Wahlberg, criminalistische und national-ökonomische Gesichtspunkte S. 38 »... an sich hat das Verbrechen keinen Wert, als das Nichtige im Rechtsleben.«

Strafvollzugs und gelungene Flucht wesentlich identisch sein: eine Auffassung, die nur wenige Freunde finden dürfte.

Die Strafe ist also Rechtsminderung des Schuldigen ohne zugleich Aufhebung eines dem Rechte nicht gemässen Zustandes zu sein. Entspränge der Strafanspruch wie der auf Schadenersatz einem Fundamente, was dem Rechte widerstreitend und zugleich doch reparabel wäre, so müsste wenigstens hie und da kraft der Einheit und Untheilbarkeit der Rechtszwecke und der gebotenen Oekonomie der Mittel die Zwecke zu erreichen bei der Bestrafung die Tendenz hervortreten, sie zu dieser Reparation mitzubenutzen. Diess ist aber nirgends der Fall. Die Quelle der Strafe ist also ein Unwiderherstellbares im Unrecht: sie ist Rechtsminderung zur Genugthuung für dieses unwiderherstellbare Unrecht: Schadenersatz dagegen Aufhebung eines wiederherstellbaren dem Rechte widerstreitenden Zustandes. Die Strafe findet also ihre Rechtfertigung in dem Thatbestande des Unrechts als solchen, ohne dass sie hieraus logisch folgt; der Schadenersatz findet darin seine Rechtfertigung nicht. Ist der Schaden eine mathematisch bestimmte Grösse, deren Bestimmtheit sich auch dem Schadenersatz mittheilt — was und wie viel höchstens geleistet werden muss, ergiebt sich aus der Betrachtung des Schadens —, so ist jenes Irreparable, welches die Quelle der Strafe bildet, an bezifferten Maassstäben nicht zu messen, die Strafe demgemäss was Art und Grösse anlangt nicht einfach aus dem Verbrechen abzulesen. Der Schaden ist ein akutes Leiden, was durch Ersatz homöopathisch geheilt wird; das Delikt ist eine unheilbare Krankheit, die das Recht allopathisch behandelt.

§ 29. VI. Das Deliktsmoment in allem Unrecht.

Was ist denn nun aber das Untilgbare im Unrecht, worin die Strafe wurzelt und wofür sie Genugthuung sein soll? Was bleibt als unaufhebbar z. B. bei der Unterschlagung zurück,

wenn der Verletzte auch voll entschädigt ist? Nichts anders als die schuldhafte Normübertretung selbst, häufig aber nicht notwendig begleitet von Wirkungen ewiger Dauer. Sie ist geschehen, kann nie mehr ungeschehen gemacht werden: für sie giebt es nur Genugthuung und keine Reparation[290]. Damit scheint nun für alles Unrecht die Strafe gefordert zu werden: denn schuldhafte Normübertretung und Unrecht decken sich ja. Allein die Strafe ist eben nicht die notwendige Folge des Unrechts. Dem Vorhandensein der Strafquelle in allem Unrecht kommt vielmehr nur eine doppelte Bedeutung zu:

1. Will der Staat gegen das Deliktsmoment reagiren, so kann er diess nur durch Strafe, und ungerecht wäre es seinerseits nie, auch das geringste Unrecht mit Straffolgen auszustatten.

---

[290] Dass das Deliktsmoment in allem Unrecht enthalten sei, diess vertraten schon Henke, Handbuch I S. 183 ff. S. S. 184: »Jede Verletzung dieser Bedingungen (der rechtlichen Coexistenz) ist eine unerlaubte Handlung, und kann vom Gesetzgeber, wenn er die Nichtigkeit und Wirkungslosigkeit allein ihrer Strafwürdigkeit noch nicht vollkommen angemessen und entsprechend findet, überdiess noch mit einer . . . Strafe bedrohet und so dadurch zu einem bürgerlichen Verbrechen gestempelt werden«; ferner Bekker, Theorie I S. 77—115. S. bes. S. 83: »Jede Auflehnung wider den Staat auch der kleinste Ungehorsam verdient Strafe«; und S. 109: »Die Strafbarkeit des Civilunrechts beginnt mit der Schuld desjenigen, von dem es ausgeht«. Das Abstossende in Bekkers Ausführungen liegt darin, dass B. die Verhängung der Strafe über alle strafwürdigen Handlungen einestheils als dem Staat von Gott gesetzte Pflicht auffasst (man s. bes. S. 81: »Der Staat, der göttlichen Ursprungs ist, soll seine Gewalt regeln nach dem Vorbilde des allmächtigen Schöpfers«; S. 82: »Wo also der einzelne dem Staatswillen zuwiderhandelt, da soll der Staat ihn strafen«. S. 86: »Der Staat hat also zu strafen, wo irgend der einzelne einer Pflichtverletzung sich schuldig macht«), dass für Bekker unterlassene Bestrafung und theilweiser Verlust der staatlichen Oberhoheit identisch sind und dass nun dennoch der Staat »aus Nützlichkeitsrücksichten (S. 96) in tausend Fällen« diese Strafverhängung unterlassen soll. — Diese Schwäche hat Merkel a. a. O. S. 28 und 29 sehr gut hervorgehoben: Bekkers Resultat ist in Verbindung mit Bekkers Theorie von der Notwendigkeit der Bestrafung alles straffähigen Unrechts ganz unhaltbar. Letztre muss fallen, ersteres aufrecht gehalten werden. Bekkern scheint sich Geib, Lehrbuch II S. 176 anzuschliessen. — Dagegen

Welche Gründe ihn in tausend Fällen, wo er strafen könnte, veranlassen diess nicht zu thun, ziehe ich vor an einer andern Stelle meines Werkes zu entwickeln. Die Frage, wieweit das fahrlässige Verbrechen öffentliche Strafe finden solle, werde ich seinerzeit beantworten müssen und diese Stelle halte ich für geeignet des Ausführlicheren hierauf zurückzukommen.

Diess Deliktsmoment in allem Unrecht erklärt es auch zur Genüge, wie mehrere isolirt nicht strafbare Handlungen zum Verbrechen sich vereinigen können. Ist in den einzelnen Handlungen der strafbare Stoff für das Recht nicht mächtig genug um sie mit Strafe auszustatten, so kann ihre Coalition diess ändern: eine Charaktereigenschaft dieser Handlungen wird plötzlich hervorgehoben, die bisher zwar vorhanden aber nicht beachtet worden war.

Der Gegensatz von strafbarem und straflosem Unrecht, der ja in jedem positiven Rechte vorkömmt, bestimmt sich nun dahin: strafbares Unrecht ist Unrecht, bei welchem das Deliktsmoment als Quelle von Straffolgen anerkannt wird; unsträfliches Unrecht dasjenige, bei welchem das positive Recht das Deliktsmoment übersehen will. Findet diese Missachtung der Deliktsnatur auch in unzähligen Fällen statt, so ist sie doch seltner als man meist annimmt. Bei weitem nicht alle Straffolgen haben die leichte Erkennbarkeit der öffentlichen oder der sog. Privat-Strafe. Es wäre eine äusserst dankenswerte Arbeit einmal den latenten Strafen durch das ganze Rechtsgebiet nachzuforschen: sie würde erhellen, wie auch das moderne Civilrecht noch von der Strafe

---

halten sich Merkel und Heinze, Handbuch I S. 333 ff. von Bekkers Fehler frei; jener aber erkennt die Strafbarkeit alles Unrechts an (s. oben § 27), dieser sagt a. a. O. S. 339 (vgl. bes. noch S. 336 unten): »Der Umfang der strafwürdigen Handlung ist principiell betrachtet ein weiterer, als in der Wirklichkeit. Jede absichtliche Rechtsverletzung enthält eine unmittelbare, jede durch Fahrlässigkeit verschuldete Rechtsverletzung eine mittelbare Beeinträchtigung der Rechtsordnung. Damit ist die Einreihung des sog. bürgerlichen Unrechts in den Bereich des Strafwürdigen entschieden«.

durchzogen ist und wie Jhering zu weit geht mit der Behauptung, es sei für das Justinianeische Recht schon »die Idee der Strafe der des Schadenersatzes« erlegen[291].

Strafunfähig ist seinem Wesen nach allein das sog. objektive Unrecht, weil es eben Zufall und nichts weiter ist: straffähig alles Unrecht.

2. Die Straffähigkeit des widerrechtlich Handelnden ist mit seinem Unrecht gegeben. Ob der Staat die Möglichkeit und Zulässigkeit einer Strafverhängung in die Wirklichkeit einer solchen verwandeln will, diess hängt lediglich von seinem Ermessen ab, und keineswegs braucht er diesen Entschluss schon vor jener That gefasst oder gar verkündet zu haben[292]: eine theoretische Wahrheit, die von der Rechtsgeschichte, oft genug Anerkennung gefunden hat.

Hier zeigt sich denn auch der Wahrheitsgehalt des Satzes, das Verbrechen existire vor dem Strafgesetze. Richtig ist, dass das Strafgesetz das Deliktsmoment nicht in das Verbrechen erst hineinträgt, sondern an den dem Unrecht wesentlichen Deliktscharakter anknüpft; richtig ist, dass in Zeiten, welche die Strafverhängung nicht als eine lediglich durch das Strafgesetz zu begründende Staatspflicht betrachteten, das Delikt durch den Akt der Bestrafung zum Verbrechen wurde.

---

[291] Schuldmoment S. 61. Ich kann mich hier nicht einmal auf den Nachweis der Strafe und ihrer so verschiedenen Formen (Eigenthumsübergang, Forderungsverlust, Schadenersatzverbindlichkeit aus dem casus, Befugniss des Mitkontrahenten vom Vertrag zurückzutreten, alle möglichen prozessualischen Nachtheile u. s. w. u. s. w.) im Civilrecht einlassen. Sehr instruktiv über diesen Punkt aber ist das deutsche Handels-, Wechsel- und Seerecht desshalb, weil daraus am leichtesten zu ersehen, dass eine ganze Anzahl solcher Strafbestimmungen für das sog. Civilrecht gradezu unentbehrlich ist. Ueber die Schadenersatzverbindlichkeit als Strafe s. § 31. Ich kann desshalb Merkel nicht Recht geben, wenn er Abhandl. I S. 36. 37 sagt: »Allerdings wird das bürgerl. Unrecht unmittelbar nur in seinen äusserlichen Wirkungen bekämpft. Das in ihm liegende ideale Moment die Negirung der Geltung bezügl. Rechtsvorschriften, erscheint hier nicht als Quelle selbständiger Rechtswirkungen«. Nur keine öffentliche Strafe ist an das Civilunrecht geknüpft.

[292] Vgl. darüber oben § 13.

Wo es aber eines besonderen Rechtssatzes bedarf um die Straffähigkeit des Unrechts zur wirklichen Strafbarkeit zu erheben, wo der Satz nulla poena sine lege Anerkennung gefunden hat, da wird das Delikt erst durch das Strafgesetz zum strafbaren Unrecht, zum Verbrechen. Aber auch hier erwirbt der Delinquent, dessen That vor Erlass des Strafgesetzes fällt, kein Recht auf Straflosigkeit: ein Gesetz, welches das Erforderniss der der Bestrafung voraufgehenden Strafdrohung suspendirte, wäre meines Erachtens zwar aus andern Gründen sehr bedenklich, allein es verletzte in keiner Weise wohlerworbene Rechte der Delinquenten auf Straflosigkeit[293].

Eine interessante Bestätigung für die Wahrheit des gewonnenen Resultates, dass alles Unrecht in gleicher Weise Delikt und als solches straffähig sei, bildet die Wahrnehmung, dass alle bedeutenderen Theorien über den Unterschied des Verbrechens und des Civilunrechts, sobald ihre Grundgedanken scharf ausgedacht und sie selbst von offenbaren Irrthümern gereinigt werden, ausnahmslos demselben Hafen zutreiben[294]. Entweder nemlich leugnen sie eine generische Verschiedenheit zwischen Beiden und müssen dann das Deliktsmoment als in allem Unrecht vorhanden anerkennen[295]; oder aber sie wollen

---

[293] Trefflich erörtert diesen Punkt Heinze, Gerichtssaal XIII S. 423 ff.

[294] Hiezu gehören diejenigen Theorieen nicht, welche alles dolose Unrecht als Verbrechen und alles kulpose als Civilunrecht betrachten, und ferner diejenigen, welche eine specifisch kriminelle Schuld mit ihren beiden Arten des dolus und der culpa einer spezifisch civilrechtlichen Schuld mit civilem dolus und civiler culpa gegenüberstellen. Allein ich bin auch der Ansicht, dass diese nicht nur zur Hälfte sondern vollständig unrichtig sind.

[295] Vgl. was oben in § 27 bezüglich Merkels ausgeführt ist; und ferner n. 290.

zwischen Verbrechen und Civilunrecht eine Artverschiedenheit begründen.

Diese letzteren Theorieen zerfallen sämmtlich in zwei grosse Lager. Entweder formuliren sie das Kriterium zwischen Verbrechen und Civilunrecht so, dass sie in Wahrheit nicht zwei Arten des Unrechts von einander, sondern das Unrecht vom Zufall scheiden, oder aber sie versuchen wirkliche Arten des Unrechts aufzustellen.

Das »Civilunrecht« ist ebensowenig Unrecht, wenn es einen Angriff gegen das objektive Recht gar nicht enthalten soll als wenn ihm das Moment der Verschuldung abgesprochen wird. Soll sich nun die Strafbarkeit des Verbrechens grade darauf gründen, dass es das objektive Recht angreife, oder aber dass es im schuldhaften Willen wurzele — es sind diess im Wesentlichen nur zwei verschiedene Bezeichnungen derselben Sache —, so ist eben alles Unrecht als strafbar charakterisirt, was nur dann falsch wird, wenn man mit dem Vorhandensein des Deliktsmomentes zugleich die Notwendigkeit es mit Straffolgen ausstatten als gegeben betrachtet.

Dass ich nur zwei Vertreter dieser Theorieen namhaft mache! In Hegels unbefangenem Unrecht liegt keine Negation des Gemeinwillens, es ist somit kein Unrecht; also ist es straflos; mit dem Betrug aber beginnt nach Hegel die Collision zwischen dem Einzelwillen und dem objektiven Recht und mit dem Betrug beginnt dann auch die Strafbarkeit, die beim Betrug grade so wie beim Zwang auf seine Natur als Unrecht begründet wird. Bei Köstlin ist das Civilunrecht straflos, »weil es seine Existenz nicht im Willen, sondern nur in der Sphäre des äusseren Daseins hat«[296], mit andern Worten, weil es kein Unrecht ist. Denn dieses wurzelt immer im schuldhaften Willen, ist also nach Köstlins Kriterium immer strafbar. Diese Erscheinung wiederholt sich bei Allen, welche die Straflosigkeit des Civilunrechts rein negativ dadurch gewinnen, dass sie es als Unrecht negiren, oder wie sie sich milder aus-

---

[296] System § 3 (S. 2).

drücken, dass ihm ein bestimmtes Requisit fehle, welches wesentliches Merkmal des Unrechts ist, das von ihnen aber als solches verkannt wird.

Nicht anders aber laufen die Theorieen aus, welche die Gränze zwischen Verbrechen und Civilunrecht wirklich auf dem Territorium des Unrechts ziehen[297]. Wenn nur diejenige Handlung, die absolut rechtswidrig ist, also nie erlaubt sein kann, mit Strafe belegt werden darf, dann giebt es überhaupt keine Verbrechen und giebt's nur Civilunrecht[298]; will aber diese Theorie sich von dem Alp eines solchen Resultates befreien, dann muss sie, da absolutes Unrecht in ihrem Sinne nicht besteht, die Strafbarkeit des nicht absoluten und somit alles Unrecht zugestehen. — Da es nicht gelingt die Normen zu sondern in solche, welche für die Rechtsordnung fundamental sind, und andere, welche für das Recht diese Bedeutung nicht haben, da vielmehr allen Normen die gleiche fundamentale Natur zukommt, so ist alles Unrecht »Angriff auf die Grundlagen der Rechtsordnung« und somit alles Unrecht Delikt[299]. — Da keineswegs nur die widerrechtliche Handlung sondern auch vielfach die widerrechtliche Unterlassung Strafe erfordert, ist sowohl das Begehungs- als das Unterlassungsunrecht strafbar[300]. — Da es kein mittelbares Unrecht giebt und wenn diess bestände das sog. mittelbare Unrecht nach seiner Entstehung gleichfalls unmittelbar geworden wäre, so muss alles unmittelbare Unrecht und damit jede Widerrechtlichkeit in ihrer Deliktsnatur anerkannt werden[301]. Da jeder Rechtsbruch irreparabel ist[302] und zugleich die Folgen gewisser Verbrechen in demselben Maasse aufhebbar sind wie die Folgen des sog. Civilunrechts, so ist auch das Kriterium hinfällig, das Verbrechen verletze unersetzbare, das Civilunrecht dagegen er-

---

297 S. darüber schon § 26.
298 S. darüber oben § 8 und § 26.
299 Auch darüber s. § 8.
300 S. § 26 s. 1 b.
301 S. § 26 s. 3.
302 S. § 28.

setzbare Güter. Liegt aber in der Irreparabilität der Verletzung, wie diese Theorie behaupten muss, die Quelle der Strafbarkeit, so wird wiederum alles Unrecht gleichmässig zum Delikt.

So ist und bleibt also alles Unrecht Delikt, das ist schuldhafte Normübertretung und straffähige Handlung; das Delikt aber wird zum Verbrechen, wenn und soweit das positive Recht es als Quelle öffentlicher Strafen anerkennt.

§ 30. VII. Verschiedene Gestaltung des Deliktsmomentes: Verbotene Rechtsgüterbeschädigung und reiner Ungehorsam.

Ein letzter Schritt zur Ergründung des Deliktsmomentes bleibt übrig. Es gilt die Antwort auf die Frage, ob sich dasselbe in verschiedenen Widerrechtlichkeiten wesentlich verschieden gestalten könne, und ob sich auf Grund dieser Verschiedenheit verschiedene Arten des Unrechts unterscheiden lassen? Kein Zweifel dass die Untersuchung, welche bisher dem Unterschiede oder der Verwandtschaft zwischen dem Verbrechen und dem sogenannten Polizeiunrecht gewidmet wurde, von Anfang an einseitig geführt worden ist. Nicht ob das Deliktsmoment innerhalb des mit Strafe bedrohten Unrechts sich differenzire, sondern ob sich das ganze Unrechtsgebiet nach solchen Verschiedenheiten gliedern lasse und welche Gliederung sich bejahenden Falls ergebe, steht zur Untersuchung.

Zum Theil ist es Folge der einseitigen Fragestellung, zum grösseren Theile aber Folge der Beiziehung hinfälliger Unterscheidungsgründe, dass die Verfechter einer wesentlichen Verschiedenheit zwischen Verbrechen und sog. Polizeigesetzwidrigkeit[303] von ihren Gegnern schwer zu beseitigende Einwände erfahren müssen, und dass sie höchstens im Stande sind,

---

[303] Die beiden Glieder des Gegensatzes werden mit diesen Ausdrücken unrichtig bezeichnet: nichtsdestoweniger erlaube ich mir während der Untersuchung von dieser Bezeichnung als gang und gäben Gebrauch zu machen, bis ihre Fehlerhaftigkeit ans Licht tritt.

den Feinden Gleiches mit Gleichem zu vergelten[304 305]. Auch sind es zweischneidige Waffen, die in dieser Fehde beiderseits angewandt werden. Oder welche von den Parteien führt nicht

---

[304] Für wesentliche Verschiedenheit treten ein: vor Allem Feuerbach, Lehrbuch § 22, der ja bekanntlich durch das von ihm festgehaltene Requisit einer subjektiven Rechtsverletzung als wesentlichen Verbrechensmerkmals zu einer verhängnissvollen Entstellung von Verbrechensbegriffen und zu einer nicht minder bedenklichen Verweisung einer ganzen Anzahl von Verbrechen zu den Polizei-Uebertretungen geführt worden ist. — Vgl. auch Feuerbachs klassische Abhandlung »Ueber Polizeistrafgesetzgebung überhaupt und den 2. Theil des Entwurfs des Strafgesetzbuchs, München 1822« in Feuerbachs Leben und Wirken II S. 346—378. — Ferner Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft § 365. Henke, Handbuch I S. 190 ff., welcher übrigens die Verpönung gefährlicher Handlungen als Ausgeburt finstern Argwohns und lästiger Vielregiererei verwirft; Wächter, Lehrbuch I S. 106 u. 107; II S. 1 ff. vgl. mit S. 536 ff.; Stahl, Rechtsphilosophie II 2 S. 693. 694; Luden, Abhandlungen II S. 166 ff.; Handbuch I S. 203 ff.; Köstlin, Revision S. 691—703; System I S. 1, 17—26; Hälschner, System I S. 1 ff., ders. Gerichtssaal 1869 S. 96—101; Merkel, Krim. Abhandlungen I S. 95 ff., II S. 85, 86; v. Holzendorff in seinem Handbuch I S. 5 und 6. Vgl. auch meine Kritik des nordd. Entwurfs S. 4 ff., 47 ff., 121 und 122 und Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 210.

[305] Eine wesentliche Verschiedenheit leugnen: Stübel in seiner höchst interessanten Abhandlung »Ueber gefährliche Handlungen als für sich bestehende Verbrechen« N. A. VIII S. 236—323 vgl. indessen unten Note 328; Heffter, Lehrbuch § 31; Bekker, Theorie I S. 115—134; Walther in der Recension über Bekker: Krit. Vierteljahrsschrift II S. 338; Geib, Lehrbuch II S. 182; Wahlberg, Princip der Individualisirung S. 123 ff. — v. Bar, Grundlagen des Strafrechts S. 20 ff. leugnet einen solchen Unterschied zugleich (s. bes. S. 30) und erkennt ihn wieder an: s. S. 31, wo die polizeilichen Vergehen »nur mittelbar als Verletzungen der Sittlichkeit angesehen werden können« und wo unten Vergehen erwähnt werden, »die zweifellos spezifisch von dem kriminellen Unrechte sich unterscheiden«; indessen vermögen die rein quantitativen Kriterien auf S. 27—29 einen solchen specifischen Unterschied nicht zu begründen. Die Gegner einer solchen principiellen Unterscheidung theilt Hälschner, System I S. 6 in solche, die (wie Stübel) das criminelle Unrecht gänzlich in dem polizeilichen oder (wie Heffter, und neuerdings wohl Bekker, Walther, Geib, Wahlberg und v. Bar) das polizeiliche Unrecht in dem criminellen Unrecht aufgehen lassen. Diese Unterscheidung ist nicht ohne Bedenken und was Stübel angeht jedenfalls ungenau. Im Gegentheil will Stübel die gefährliche Handlung als Rechtsverletzung erweisen.

das geltende Recht als Bundesgenossen ins Feld? Wer nun unbefangen Strafgesetze und Polizeistrafgesetze auf ihren Inhalt vergleicht, der wird im Grossen und Ganzen eine Verschiedenheit in den Thatbeständen der strafbaren Handlungen wahrzunehmen glauben, die aber allerdings an vielen Punkten bis zur Unkenntlichkeit verblasst, und so steht er vor der Alternative entweder anzunehmen, jener Inhaltsunterschied der beiden Klassen von Gesetzen sei ein nur scheinbarer, oder aber die Gesetzgebung wisse ihn nicht zu fassen oder sie wolle ihn praktisch ignoriren, während er theoretisch besteht. So gewiss nun auch jeder Beweis über juristische Begriffe aus dem positiven Recht geführt werden muss auch wo die Unreinheit der positivrechtlichen Ausprägung des Begriffs gezeigt werden soll, so wenig Beweismaterial fliesst aus der äusserlichen Vergleichung der Differenzen und Congruenzen zwischen Strafgesetzen und Polizeistrafgesetzen.

Es ist nun das grosse Verdienst der Gegner einer solchen angeblich wesentlichen Verschiedenheit innerhalb des Unrechts in ganz unanfechtbarer Weise die Gleichheit des Deliktsmomentes in den Verbrechen und den sogenannten Polizeiübertretungen, soweit sie besteht, zur Geltung gebracht zu haben. Zweifellos bedurfte sowohl die vom Polizeistrafgesetz als die vom Strafgesetze verpönte Handlung, bevor sie strafbar werden konnte, der Norm, die sie aus einer bis dahin nicht verbotenen Handlung in eine verbotene verwandeln musste[306];

---

[306] Damit werden alle Theorieen hinfällig, welche ausser Stande sich von naturrechtlichen Anschauungen loszumachen das Verbrechen als das »an sich unerlaubte«, das Polizeiunrecht aber als das an sich erlaubte, welches nur durch das positive Recht aus Nützlichkeitsgründen hinterher verboten worden sei, definiren. Merkwürdig ist, dass sich dieser Grundgedanke neben der damit ganz unverträglichen Anerkennung, sowohl das Verbrechen als das Polizeiunrecht sei Uebertretung des positiven Gesetzes, zu erhalten vermochte! — Obiges Kriterium legt zunächst Feuerbach, Lehrbuch § 22 zu Grunde. Er sagt: »Unabhängig von der Ausübung eines Regierungsaktes und der Erklärung des Staates, giebt es Rechte (der Unterthanen oder des Staates selbst). Diese durch Strafgesetze gesichert, begründen den Begriff eines Verbrechens.« Der Staat aber ist berechtigt »durch Polizeigesetze .... an sich nicht rechtswidrige Hand-

beide Handlungen sind also in gleicher Weise Gesetzesüber-

---

lungen zu verbieten« und erhält dadurch »besondere Rechte ... auf Unterlassung dieser speciell verbotenen Handlungen ... Ist das Recht des Staats auf Gehorsam gegen ein bestimmtes Polizeigesetz mit Strafen bedroht (lies: gesichert, wie oben), so entsteht der Begriff von Vergehen, Polizeyübertretung.« Vgl. auch Feuerbachs Leben II S. 352. Sehr richtig ist hierbei die Erkenntniss: »Alle Strafen —, welche auf reine Polizeiübertretungen folgen können, sind weiter nichts als Ungehorsamsstrafen« (Leben II S. 357); dagegen dulde die verbrecherische Person die Strafe, »weil sie dieselbe durch ihre an und für sich schon unerlaubte That verschuldet hat« (das.; hier wird die psychologische Zwangstheorie einfach ignorirt). — Wesentlich wie Feuerbach auch Grolman, Grundsätze der Kr.-R. W. § 365. In höchst seltsamer Verbindung mit anderweitigen falschen Unterscheidungen kehrt dieser Gedanke auch bei Köstlin, Revision § 183. 184 S. 691—703; System § 18 wieder: denn dieser sieht ein, dass die Polizeiübertretung mit dem Verbrechen zwar das Moment der Gesetzesübertretung gemein habe, sich aber von Letzterem als »dem an und für sich Unrechten« (S. 693 ist das Recht »die an und für sich seiende Norm des Daseins«) selbst als das Gefährliche unterscheide. Diese gefährlichen Handlungen gehören als bloss »mögliche Rechtsstörungen«, die »an sich nicht unrechtliche Akte sein können« »nicht in den Kreis der Rechtspflege, welche es nur mit dem bereits wirklich gewordenen Unrechte zu thun hat«, sondern es ist Aufgabe der Rechtspolizei, sie zu verbieten und zu bestrafen (Vgl. Osenbrüggen, Abhandlungen I S. 49: »Ein solches gefahrbringendes Handeln fällt nicht in den Bereich des Strafrechts, sondern der Polizei«). Man erkennt hieraus, wie verwirrt Köstlin die Gegensätze Verbrechen und Polizeiunrecht, durch Staatsgesetz und durch Polizeiverordnung verbotene Handlung, Handlungen die zur Competenz der Strafgerichte und der Polizeistrafgerichte gehören, identificirt und durcheinander wirft. Wie man eine Gesetzesübertretung als nur mögliches Unrecht ausgeben kann, ist wirklich ebenso unbegreiflich als wie man Gesetze unterscheiden will in solche, die das »an und für sich Unrechte«, und solche, welche »das Gefährliche« verbieten. S. gegen Köstlin: Stahl, Rechtsphilosophie II 2. S. 696 n; Bekker, Theorie I S. 120. 121; Merkel, Abhandlungen I S. 47 n. 4; Hälschner, Gerichtssaal 1869 S. 97. 98. — Ins Theokratische übersetzt jenen naturrechtlichen Gedanken, wenn ich ihn anders recht verstehe, Stahl, Rechtsphilos. II 2. S. 693. 694: »Die Polizeiübertretung trifft nicht die Rechtsordnung in ihrer Substanz, nicht die geheiligten Grundlagen und Grundverbindungen des menschlichen Gemeindelebens (Leben, Eigenthum, Bestand des Staates), sondern nur Zwecke und Aufgaben, welche die menschliche Gemeinschaft von diesen Grundlagen aus anstrebt. Handlungen, welche nicht gegen die zehn Gebote (!), sondern nur gegen Anordnungen des Staates sind, fallen nicht in die Kategorie der Verbrechen,

tretungen[307]; alle Normen können Beachtung nur von handlungsfähigen Personen verlangen: dem sog. polizeilichen Unrechte ist also das Moment der Verschuldung grade so wesentlich als allem Unrechte[308]; in dem polizeilichen Unrecht ist also das Deliktsmoment ganz unzweifelhaft gleichfalls enthalten.

Allein aus der Unbestreitbarkeit dieser Sätze folgt wohl, dass derjenige, der sie missachtend den Unterschied zwischen der Polizeigesetzwidrigkeit und dem Verbrechen (richtiger dem Unrecht im engeren Sinne) zu fixiren versucht, ihn jedenfalls falsch auffassen muss, keineswegs aber dass ein solcher

---

sondern der Polizeiübertretungen«. S. gegen Stahl die in ihrer Art treffenden Argumentationen vom Standpunkte des christlichen Staates aus bei Bekker, Theorie I. S. 122 ff. Noch bèi Hälschner, der die Natur des polizeilichen Unrechts tiefer und richtiger als seine Vorgänger zu erfassen wusste, kehrt die Auffassung wieder (s. System I S. 2 u. 3), das polizeiliche Unrecht sei nur »relatives Unrecht — indem es in allen Fällen eine an sich nicht rechtswidrige Handlung ist, die nur in ihrer Beziehung auf das entgegenstehende Gesetz als Unrecht erscheint«. Das Verbrechen ist, »weil die Handlung an sich selbst . . . . . der Gerechtigkeit entgegengesetzt ist« »absolutes Unrecht«. — Das Unrecht aber existirt nie vor seinem Erzeuger: dem Recht. Es kann keine an und für sich widerrechtliche Handlung auch nur gedacht werden, viel weniger existiren.

307 S. darüber schon Köstlin, Revision S. 691; Luden, Abhandlungen II S. 166 ff. Hälschner, System I S. ff., u. Gerichtssaal 1869 S. 96. — Nach v. Bar a. a. O. S. 23 sollte man glauben, dass er die Norm sowohl für das Verbrechen, als für das Polizeiunrecht für unnötig hielte; umgekehrt heisst es aber S. 24: »Auf einer Sanction des Staates beruht also beides, Polizeivergehen und Criminalverbrechen.« Vgl. S. 27.

308 Es kann der deutschen, insbes. der preussischen Praxis der schwere Vorwurf nicht erspart werden, diesen Grundsatz der Gerechtigkeit häufig ausser Augen gesetzt, und das »materielle Zuwiderhandeln gegen das Gesetz«, »die That an sich«, auch wenn sie ohne jede Verschuldung ausgeführt war, unter Strafe gezogen zu haben. Die That aber ist nie genügender Beweis für die schuldhafte Absicht. Die Charakteristik, die das Darmstädter O. A G. in seinem Urtheil vom 14. Sept. 1846 (bei Temme, Entscheidungen III S. 6 u. 7) zur Begründung dieses Urtheils von der deutschen Praxis giebt, ist leider allzuwahr: »Denn nach bekannten — überall befolgten Rechtsregeln kommt bei der Beurtheilung und Bestrafung polizeilicher Uebertretungen, nur das materielle Faktum, nur der objektive Thatbestand in Betracht; die Zuwiderhandlung bleibt strafbar, ob sie auf

Unterschied nicht bestehen kann, und grade dies wäre von den Gegnern jener Unterscheidung zu beweisen gewesen [309].

Hier ist nun der Punkt, wo eine seither absichtlich auf sich beruhen gelassene Unklarheit bei der Betrachtung des Unrechts aufgehellt werden muss.

Da die Norm Bestandtheil des Rechtes im objektiven Sinne ist, haben wir uns gewöhnt, in der Normübertretung zugleich eine Norm- oder Rechts-Verletzung zu erblicken.

---

einem Irrthum, auf Nachlässigkeit, Vergessenheit oder Unwissenheit beruht; lediglich bei der Strafzumessung darf (!) auf das grössere oder geringere subjektive Verschulden des Contravenienten Rücksicht genommen werden.« In den leges barbarorum würde uns eine solche Anschauung sehr auffällig sein, angewandt aber in der Gegenwart berührt sie aufs allerpeinlichste. — Die Notwendigkeit des Schuldmomentes für das sog. Polizeiunrecht sehr energisch betont von Bekker a. a. O. S. 116. 117; v. Bar S. 30. Nach deutschem Strafgesetzbuche gilt der Grundsatz, dass überall, wo die Fahrlässigkeit nicht ausdrücklich unter Strafe gestellt sei, als Schuldseite der strafbaren Handlung Vorsatz verlangt werden müsse, auch für die Uebertretungen.

309 Wenn von dieser Seite geltend gemacht wird (so von v. Bar a. a. O.), dass ein spezifischer Unterschied zwischen »Verbrechen und Polizeiunrecht« nicht bestehen könne, weil Beide unsittliche Handlungen seien und das Wesen des Verbrechens in der Immoralität, wie das der Strafe in der Missbilligung der Immoralität liege, so besitzt dieses Argument nicht die allergeringste Beweiskraft. Wir haben das Unrecht aus dem Recht zu erklären, welches ruht auf der Souveränität des Gesammtwillens gegenüber dem Einzelwillen, und können und dürfen es nicht aus der Sittlichkeit heraus begreifen. Denn in deren Gebiet kann es keine unbedingt bindenden Normen geben; der nicht prüfende Gehorsam gegenüber den sittlichen Anschauungen der sog. öffentlichen Meinung steht auf einer sehr geringen Stufe sittlichen Wertes. Die Sittlichkeit einer Handlung besteht in ihrer Uebereinstimmung mit dem Gewissen des Handelnden: ein Reich der Sittlichkeit ohne Anerkennung der sittlichen Freiheit des Einzelnen oder wie man auch sagen kann ohne Anerkennung der Souveränität des Einzelgewissens gegenüber den sittlichen Anschauungen selbst der Majorität ist undenkbar. Bei der Verschiedenheit der Grundlagen beider Reiche muss es rechtmässige Handlungen geben, die sehr unsittlich, widerrechtliche Handlungen, die sittlich sein können. Wann wird endlich die Rechtswissenschaft statt auf die wie in der Gesammtheit so auch in den einzelnen Individuen stets auf- und niedergehenden Wellen der sittlichen Anschauungen allein auf die stattlichen Quaderfundamente der Rechtssätze zu bauen beginnen?

Diese Auffassung ist unrichtig: die Uebertretung eines Gesetzes verletzt dieses Gesetz nicht und überhaupt kein Gesetz. Das Gesetz ist Wille, nicht Macht und Zwang: der Wille aber als solcher ist unverletzlich. Die Energie des Wollens ist vor der rechtswidrigen Handlung dieselbe als während und nach dieser; schwächte das Verbrechen das Gesetz, so würden viele Verbrechen es allmählig vernichten. Allerdings, wäre die Norm eine Macht darauf ausgehend den Willen der Menschen in Einklang mit sich hereinzuzwingen, und setzte nun der Mensch Zwang gegen Zwang und vergewaltigte für seinen Theil jene Macht, so wäre sie in diesem Kampfe verletzt weil geschlagen. Dazu müsste dem Gesetz physische Kraft innewohnen sich durchzusetzen: das einzige Organ aber, um in die Wirklichkeit zu treten ist der freie Entschluss derjenigen, an die es sich wendet. Es befiehlt, dass diese ihr Handeln ihm gemäss einrichten: aber die Autorität des Befehls ist dieselbe und bleibt in all ihrer ursprünglichen Kraft auch da bestehen, wo dem Gebote nicht entsprochen ist.

Der Verbrecher »verletzt« auch nicht etwa das vom Gesetz geforderte Verhältniss zur Norm. Denn verletzbar ist nur etwas Vorhandenes: dieses normale Verhältniss soll ja aber grade durch den Willen des Gesetzesunterthanen in jedem Augenblicke geschaffen und wieder geschaffen werden. Dieser thut nur nicht, was die Norm verlangt: er bewirkt eine Inkongruenz zwischen dem dadurch keineswegs alterirten Inhalt der Norm und dem Inhalt seiner Handlung.

Der Verbrecher verletzt endlich ebensowenig das Recht des Staates auf Gehorsam gegen den Gesetzesunterthanen, welches dem Staate aus der Norm erwächst. Denn dieses Recht auf Gehorsam bleibt in seiner Integrität gleichfalls bestehen auch wenn ihm nicht entsprochen wird. Ich werde nachher überhaupt den Nachweis liefern, dass Rechte durch Contraventionen wider dieselben unverletzbar sind. Die Normübertretung als solche ist Unrecht, aber nicht Rechtsverletzung. Das Recht in Gestalt des Gesetzes wie des subjektiven Rechtes ist eben unverletzlich.

Wenn nun die Gegner einer wesentlichen Verschiedenheit zwischen kriminellem und polizeilichem Unrechte behaupten,

Letzteres sei Rechtsverletzung wie Ersteres, so haben sie darin Unrecht, dass sie auch die sogenannte Polizeigesetzwidrigkeit als Rechtsverletzung charakterisiren; dagegen können sie Zustimmung fordern für ihre Behauptung, dass Verbrechen und Polizeiunrecht sich in ganz gleicher, allem Unterschied spottender Weise als Uebertretungen der ihnen zu Grunde liegenden Verbote darstellen. Die Verschiedenheit, wenn eine solche besteht, kann in verschiedenen Arten der Uebertretung nicht gelegen sein.

Allein mit der unrichtigen Behauptung Verbrechen und Polizeiunrecht seien beide gleichmässig Rechtsverletzungen, was sie beide eben nicht sind, ist die Frage keineswegs erledigt, ob nicht die Verbrechen allerdings eine Verletzung enthalten, welche dem Polizeiunrecht fehlt, und ob nicht die Anhänger einer wesentlichen Unterscheidung zwischen Beiden einen richtigen Gedanken nur falsch bezeichnen mit der These: dem Verbrechen eigne eine Rechtsverletzung, welche dem Polizeiunrecht abgehe.

Damit wird nun eine Inhaltsverschiedenheit in den beiden angeblichen Arten des Unrechts behauptet, eine verschiedene Gestaltung des Deliktsmomentes. Da aber der Gehalt des Unrechts sich bestimmt nach dem Gehalte der Norm, der es widerspricht, so spitzt sich die Frage dahin zu: lassen sich die Normen nach dem Inhalt ihrer Befehle in mehrere wesentlich verschiedene Gruppen zerlegen? Wenn nein, dann ist die angebliche Differenz zwischen Verbrechen und Polizeiunrecht nichtige Erfindung; wenn ja, dann muss das Deliktsmoment in einer Gruppe des Unrechts einen andern Gehalt haben als in der anderen [310].

---

[310] Unrichtig ist es somit zweifellos, diesen Gegensatz abzuleiten aus verschiedenen Quellen der Normen. Allerdings kann die Polizeinorm von lokalen Behörden aufgestellt werden; allein positiver Rechtssatz bleibt sie, die Competenz der sie erlassenden Behörde und die nötigen formalen Erfordernisse als vorhanden vorausgesetzt, dennoch, und ebensowohl kann die Polizeinorm Reichsnorm sein. Griffe aber auch wirklich die Unterscheidung durch, dass das Reich lediglich die Normen erlassen dürfte, welche die Grundlage des Unrechts im engeren Sinne bildeten,

Sofort bietet sich die Möglichkeit die Verbote dem Unrechte im engeren Sinne, die Gebote dem Polizeiunrecht zu vindiziren. Allein selbst einmal angenommen, dass die Gebote und das ihnen entsprechende negative Unrecht ganz und insgesammt dem Polizeiunrechte entsprächen, so wäre damit eine endgültige Abscheidung noch nicht erreicht: denn nach der bisherigen Auffassung wenigstens decken sich verbotene Unterlassung und Polizeiunrecht keineswegs. Wenn solches im Gegensatz zum Verbrechen existirt, dann dürfte die Uebertretung des Verbotes in den Strassen bei Nacht keinen ungebührlichen Lärmen zu erregen und nicht an den Häusern zu schellen aller Wahrscheinlichkeit nach hinzugerechnet werden.

So löst sich die Frage, ob alles Unrecht nach der Gestaltung des Deliktsmomentes in mehrere Arten geschieden werden darf, in zwei Fragen auf:

1. Besteht eine solche Verschiedenheit innerhalb der verbotenen Handlungen und wenn ja, welche ist es?

2. Fallen alle Uebertretungen von Geboten in der Gestaltung ihres Deliktsmomentes mit einer der gefundenen Gruppen der verbotenen Handlungen zusammen?

---

1. Die verschiedene Gestaltung des Deliktsmomentes in den verbotenen Handlungen. Alle Verbote haben, wie früher schon gezeigt ist, nur einen und

---

während die Polizeinormen sämmtlich von Rechtsquellen geringerer Autorität auszugehen hätten, so würde diese Verschiedenheit der Normquellen auf die Gestaltung des Deliktsmomentes in den verschiedenen Normübertretungen gänzlich einflusslos sein: der Ungehorsam gegen die Reichsnorm wäre dann etwas stärker als der gegen die Norm geringerer Autorität. Wir würden also lediglich bei Quantitätsdifferenzen zwischen Verbrechen und Polizeiunrecht stehen bleiben müssen. — Vgl. auch Bekker, Theorie I S. 116. 117. — Ebenso unstatthaft aber ist es auch, eine Inhaltsdifferenz in den Widerrechtlichkeiten gründen zu wollen auf die Verschiedenheit der Motive, welche den Gesetzgeber zur Aufstellung der betreffenden Normen veranlasst haben. Ob die Norm erlassen ist um angeblich ewige Bedürfnisse der Gesellschaft zu befriedigen oder ob sie vorübergehenden Nützlichkeitsrücksichten ihre Entstehung verdankt, diess ist für die Gestaltung ihres Befehles durchaus irrelevant.

denselben Endzweck: sie wollen verhüten, dass durch menschliche Handlungen gewisse Veränderungen in der Rechtswelt herbeigeführt werden. In der Art und Weise diesen Zweck zu erreichen unterscheiden sie sich in drei Gruppen. Die Einen verbieten die Verursachung des unerwünschten Erfolges als solche; das Verbot bildet die Brustwehr, welches das zu erhaltende Gut unmittelbar umgiebt. Aber das Recht schiebt seine Befestigungswerke noch weiter vor und je wertvoller die zu erhaltenden Güter sind, um so mehr findet es Veranlassung zu doppelter und dreifacher Umwallung. So schiebt sich vor das Verursachungsverbot als zweiter Gürtel das Verbot der Gefährdung des vor Verletzung soweit dies überhaupt möglich schon geschützten Gutes [311]. In beiden Fällen fordert das Recht Gehorsam, weil der Ungehorsam wider das Verbot zugleich Mittel zur Herbeiführung bestimmter dem Interesse des Rechtes widerstreitender Zustände sein würde. In viel weiterer Entfernung von dem geschützten Gute sucht endlich die dritte Klasse von Verboten die Thätigkeit der Menschen zu halten: sie verbietet Handlungen ohne jede Rücksichtnahme auf ihre wirklichen Erfolge lediglich aus Sorge vor ihren möglichen; sie verbietet den Ungehorsam nicht weil er Ursache eines interessewidrigen Zustandes sein würde, sondern den Ungehorsam schlechthin.

Vergleichen wir nun diese drei Arten verbotener Handlungen mit Bezug auf ihren Inhalt! Die Verursachungsverbote lassen sich nur daraus erklären, dass der durch die verbotene Handlung bewirkte Zustand den Interessen des Rechtes wider-

---

311 Ich muss hier eine kleine Berichtigung vornehmen. Oben S. 47 ist der Fall als möglich gesetzt, dass nur die Gefährdung eines Gutes und nicht dessen Verletzung verboten sei. Diess ist unrichtig. Wenn das Recht die Gefährdung missbilligt, dann thut es diess in noch viel höherem Maasse bezüglich der Verletzung. Aus dem Vorhandensein eines Gefährdungsverbotes folgt desshalb die Existenz eines Verletzungsverbotes von selbst. Es musste oben gesagt werden: »c. Ist nur die Uebertretung des Gefährdungsverbotes ausdrücklich unter Strafe gestellt, so wird nach diesem Strafgesetz auch der Versuch der Verletzung und die vollendete Verletzung zu bestrafen sein. Die Uebertretung des Verletzungsverbotes muss dann aber straferhöhend wirken.«

spricht, während der Zustand vor der Handlung diesen Interessen entsprach. Alle diese Zustände, die durch Aenderung nicht verdrängt werden sollen, sind für das Recht von Wert: man kann sie Rechtsgüter nennen. Der Zweck der Verursachungsverbote ist desshalb die Erhaltung von Rechtsgütern: das notwendige Mittel dazu der Gehorsam gegen das Verbot.

Dieser Begriff des Rechtsgutes ist bisher vielfach verkannt worden und bedarf um brauchbar zu werden einer schärferen Beleuchtung [312].

a. Es ist ein nicht geringes Verdienst von Krause und seinen Schülern, insbesondere von Ahrens [313], den Begriff des Gutes im Recht zur Geltung gebracht zu haben. Allein ein Doppeltes ist ihren Ausführungen zum Schaden ausgeschlagen. Störend weil den juristischen Begriff des Gutes verdunkelnd wirkt die Spielerei die verschiedenen Bedeutungen von Gut als dem sittlich Guten und als Objekt des rechtlichen Interesses zu identificiren [314]. Noch verwerflicher aber ist die Verkennung

---

[312] Vgl. darüber Birnbaum in seiner verdienstlichen klärenden Abhandlung »Ueber das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens« im A. N. F. 1834, insbes. S. 175 ff. Treffend bemerkt er: »dass, wenn man das Verbrechen als Verletzung betrachten will, dieser Begriff naturgemäss nicht auf den eines Rechtes, sondern auf den eines Gutes bezogen werden muss«. Er glaubt (S. 179): »dass als Verbrechen nach der Natur der Sache oder als vernunftgemäss im Staate strafbar jede dem menschlichen Willen zuzurechnende Verletzung oder Gefährdung eines durch die Staatsgewalt allen gleichmässig zu garantirenden Gutes anzusehen sei . . .« Von Birnbaum beeinflusst bezeichnet Merkel, Abhandl. I S. 101 als mögliche Objekte der Rechtsverletzung »alle Interessen und Güter . . . ., deren Integrität die Gesammtheit zu gewährleisten sich berufen findet«; Hälschner aber, System I S. 2 u. 3 und Gerichtssaal 1860 S. 96 ff. »ein unter dem Schutze des Gesetzes stehendes rechtliches Gut«. S. ferner unten n. 315. Vgl. auch Kierulff, Theorie I S. 308—310.

[313] S. bes. dessen Naturrecht, 6. Aufl. I S. 249 ff. 338 ff.

[314] So will Ahrens in seiner Vorrede zum I. Band S. VI u. VII mit der ethischen Auffassung des Rechts und Staatslebens vollen Ernst gemacht haben, »indem der ethische Kernbegriff des Guten und der Güter als Grundlage, Inhalt und Ziel des ganzen Staatslebens nachgewiesen, alles Recht als Güterrecht . . . begriffen wird«. Gegen diese Spielerei vgl. Dahn, Krit. Vierteljahrsschrift XII S.

der positiv rechtlichen Natur auch des Güterbegriffes. Rechtsgut ist nicht gleichbedeutend mit allem demjenigen, an dessen Erhaltung und Herbeiführung eine Rechtsordnung, wie sie sich als Ideal in dem Kopfe eines Naturrechtslehrers spiegelt, ein Interesse nehmen sollte, auch wenn das positive Recht ein solches Interesse nicht nimmt[315].

b. Rechtsgut ist nicht identisch mit subjektivem Recht, eine Gleichstellung, welche unter Anderen Feuerbach[316] zu den unhaltbarsten Consequenzen trieb, wenn er das Verbrechen als eine »dem Recht eines andern widersprechende Handlung« definirte, und welche fernerhin dazu benutzt wurde um das Verbrechen als Rechts-Verletzung im Gegensatz besonders zur Gefährdung zu erklären.

Allein eine Unmasse von Rechtsgütern bilden nicht einmal die Objekte von subjektiven Rechten. Weder der Mensch

---

[315] »Gegenstand des Rechts überhaupt — sagt Ahrens I S. 338 — ist jedes Gut, Gutseigenschaft oder Gutsverhältniss, für welches das Recht die Bedingungen der Erhaltung, Bildung oder des Erwerbes, Gebrauches, Umsatzes, Aufhörens zu normiren hat. Alles Recht ist dem Objekte nach Güterrecht.« Verdienstlich hierbei ist die scharfe Gegenüberstellung von Recht und Rechtsobjekt.

[316] S. Feuerbach, Lehrbuch § 21. Die Verwechselung von subjektivem Rechtsgut hat die Folge gehabt, das Verbrechen als eine fremde Rechte verletzende Handlung zu fassen und so alle Handlungen, die dieses Merkmal angeblich enthalten, zu Verbrechen zu stempeln, alle Handlungen aber, denen es fehlt, als Polizeiunrecht zu charakterisiren. — Aus jener Verwechselung u. A. ist die Anordnung in Wächters Lehrbuch II S. 1 ff. vgl. mit S. 536 ff. zu erklären; sie verleitet Stübel N. A. VIII S. 236 ff. alle gefährlichen Handlungen zu Verbrechen zu erklären, was er folgendermaassen begründet: »Wer einem Andern ein Gut nicht entziehen darf, der darf auch nichts thun oder unterlassen, wodurch derselbe in Gefahr gesetzt wird, solches zu verlieren (s. dagegen oben S. 46. 47). — Das Recht zu fordern, dass uns Niemand verletze, begreift .... das Recht in sich, nicht weniger zu fordern, dass uns Niemand in Rechtsgefahr setze. Rechtsgefährliche Handlungen sind folglich mehr Rechtsverletzungen.« — Derselbe Irrthum führt Luden, Abhandlungen II S. 164 ff., vgl. dessen Handlung I S. 190 u. 203 ff. zu dem Gegensatz der Rechtsverbrechen und Gesetzesverbrechen, die zwar beide das objektive Recht verletzen, von denen aber nur die Rechtsverbrechen »auf die Verletzung subjektiver Rechte« gerichtet sind.

noch der Staat hat ein Recht am Menschenleben oder an der Körperintegrität, weder der Einzelne noch das Gemeinwesen ein Recht auf Frieden des Staats im völkerrechtlichen Sinne; was durch die Bigamie, den Ehebruch, den Incest, die Sodomie verletzt wird, ist ebenso wenig Gegenstand subjektiver Berechtigung. Umgekehrt: was Gegenstand eines subjektiven Rechtes ist, ist oft kein Rechtsgut, sondern nur ein Mittel zur Erhaltung von Rechtsgütern. Aus den oben charakterisirten Verboten von Handlungen ohne jede Rücksichtnahme auf ihren wirklichen Erfolg entspringt ein Recht des Staates gegenüber den Gesetzesunterthanen die Unterlassung dieser Handlung zu fordern, entspringt eine Pflicht der Unterthanen sie nicht vorzunehmen. Tritt an die Stelle des geforderten Gehorsams der Ungehorsam, so bedeutet diess keineswegs die Vernichtung eines rechtlichen Gutes. Denn der Gehorsam ist für das Recht nur Mittel zum Zweck, nicht Selbstzweck, nicht Rechtsgut. Gäbe es eine Zeit, wo alle Gesetzesunterthanen sich in Unbotmässigkeiten wider die Normen gefielen, wo aber die ungehorsamen Handlungen die Kraft vernichtender Wirkung nicht besässen, so hätte das Recht in diesem goldenen Zeitalter unangreifbarer Rechtsgüter nicht den allergeringsten Anlass auch nur die kleinsten Ungehorsamsstrafen anzudrohen.

Diese Thatsache, dass eben das Zuwiderhandeln auch gegen ein subjektives Recht keineswegs identisch ist mit der Verletzung eines Rechtsgutes, dass desshalb diese subjektivrechtswidrigen Handlungen keineswegs sämmtlich »Rechtsverletzungen« sind, ist von höchster Bedeutung. Sobald man nemlich als von einem feststehenden Satze von der Annahme ausgeht, jede Contravention gegen ein subjektives Recht enthalte eine »Rechtsverletzung«, so muss man auch sagen: aus jeder Norm entspringt ein Recht des Staates wider die Gesetzesunterthanen auf gewisse Unterlassungen oder Handlungen derselben; jede Normwidrigkeit ist somit »Verletzung« eines subjektiven Rechts und eine verschiedene Gestaltung des Deliktsmomentes in den verbotenen Handlungen erscheint als undenkbar: das Delikt des reinen Ungehorsams und das der ungehorsamen Rechtsgütervernichtung tragen dann dieselbe Struktur in sich.

Dieses Axiom aber von der sog. rechtsverletzenden Natur der Contraventionen gegen subjektive Rechte ruht auf einer ganz ungenügenden, weil unvollständigen Beobachtung dieser Contraventionen und ausserdem auf einer ganz falschen Anschauung von dem Verhältniss einer Berechtigung zu dem ihr widersprechenden Verhalten Dritter. Man hat jenen Satz vorzüglich gewonnen aus den Contraventionen gegen dingliche und Forderungsrechte: allerdings schädigen diese das Vermögen der Berechtigten; den Grund davon aber suchte man fälschlich nicht darin, dass ein Vermögensrecht ein rechtlich geschütztes Vermögensinteresse sei, also ein Recht auf ein Rechtsgut darstelle, sondern darin, dass die Handlung einem subjektiven Recht widerspreche; man übersah, dass sich der Inhalt der Widerrechtlichkeit nur nach dem Inhalt des Rechtes, dem sie widerspricht, nicht aber danach bestimmen lässt, dass sie überhaupt einem subjektiven Recht widerstreite.

Ausserdem aber machte man sich nicht klar, dass die Contravention gegen ein Recht dieses unmöglich »verletzen« könne. Grade wenn ihm nicht entsprochen wird bedarf das subjektive Recht seiner ganzen Kraft um sich durchzusetzen, und wenn es im Momente der Gefahr Haupt und Glieder einbüsst, so ist es von Anfang an wert gewesen zu Grunde zu gehen. Ein Recht besteht entweder ganz oder gar nicht; ein verletztes Recht giebt es nicht. Ein Recht erhält Jedermann von der Rechtsquelle und was diese ertheilt, kann das Delikt dem Berechtigten doch nicht entziehen. Es ist möglich, dass das Gut verletzt oder gar vernichtet wird, auf das Jemand ein Recht hat, dass die Interessen verletzt werden, die Seitens des Rechts Anerkennung und Schutz gefunden haben: aber es wäre mehr als widersinnig, es wäre kläglich, Jemanden mit einem Recht zu bekleiden, welches sofort die Segel streichen müsste, wenn die Willkühr sich gegen es erhebt.

Ich muss den Einwand erwarten, es gäbe doch allerdings Rechte, welche durch Contravention untergingen: oder geht etwa das Eigenthumsrecht an einer Sache nicht verloren, wenn ich sie dem Eigenthümer vernichte?

Allein ist es denn in diesem Falle die Contravention, die das Eigenthumsrecht erlöschen macht? Keineswegs! Es ist allein der Untergang der Sache, und ob dieser kasuell oder dolos bewirkt worden erscheint als durchaus gleichgültig. Und grade aus der dolosen Sachbeschädigung entspringt dem Eigenthümer der Schadenersatzanspruch als gleichwertiger Stellvertreter des Eigenthumsrechtes. Es tritt innerhalb des Vermögens eine Metamorphose des Vermögensobjekts aber nicht eine Vernichtung von Vermögensrechten ein.

Der zweite Fehler, den man machte, bestand also darin, dass man die sehr wohl mögliche Verletzung von Rechtsgütern verwechselte mit der unmöglichen Verletzung von Rechten[317]. Das Recht kann als objektive Norm gestürzt und gebrochen werden durch revolutionäre Gewalt; sieht man aber davon ab, so ist weder das objektive noch das subjektive Recht durch Contravention verletzlich. Dass man aber statt des Rechtsgutes das Recht selbst als mögliches Objekt der Verletzung bezeichnete, diess musste wieder die falsche Annahme erleichtern, dass, wo nur eine widerrechtliche Handlung einem subjektiven Rechte zuwider laufe — und diess ist ja bei genauerem Zusehen bei allem Unrechte der Fall, auf dessen Unterlassung der Staat ja stets ein Recht hat — dem Unrecht der Charakter materieller Schädigung oder Verletzung zukomme.

c. Rechtsgut ist vielmehr Alles, an dessen unveränderter und ungestörter Erhaltung das positive Recht nach seiner Ansicht ein Interesse hat, was es desshalb durch seine Normen vor unerwünschter Verletzung oder Gefährdung zu sichern bestrebt ist. Durch die Norm und durch sie

---

317 Sehr bestimmt rügt ihn schon Birnbaum, Arch. N. F. 1834 S. 172: »Wenn Gefahr ein Zustand ist, worin wir fürchten müssen, etwas zu verlieren oder eines Gutes beraubt zu werden, so ist es höchst unpassend, von einer Rechtsgefahr zu reden. Dadurch, dass wir etwas verlieren oder einer Sache beraubt werden, die Gegenstand unseres Rechtes ist, dass uns ein Gut, welches uns rechtlich zusteht, entzogen oder vermindert wird, wird ja unser Recht selbst weder vermindert noch entzogen.«

zuerst wird der Gegenstand, den sie sichern will, zum Rechtsgut[318]. Der Inbegriff der durch Normen gesicherten Güter bildet das Güterkapital der Rechtsordnung. Es sind dieselben Rechtsgüter, um deren willen sowohl die Verursachungs- als die Gefährdungsverbote als die Verbote schlechthin erlassen werden[319]. In der Schaffung von Rechtsgütern und in der Aufstellung von Schutznormen derselben ist die Rechtsquelle nur durch ihre eigene Erwägung und durch die Logik beschränkt. Was nicht verletzt oder vernichtet werden kann, kann auch das positive Recht als verletzbar nicht anerkennen, ebensowenig wie das positive Recht einen Causalzusammenhang da hervorzuzaubern vermag, wo keiner existirt.

Mit geringerer Sicherheit zwar als aus den Normen, wenn sie ausdrücklich formulirt würden, aber meistens immer noch in hinreichender Deutlichkeit lassen sich die Güter, deren Erhaltung die Normen bezwecken, aus den Strafgesetzen erkennen. Um nur Einige unter Vielen namhaft zu machen so erscheinen als Rechtsgüter auf Grund des deutschen Strafgesetzbuchs vor allem das Menschenleben, und zwar keineswegs nur das Leben anderer Personen als das des Thäters, denn eine ganze Reihe von Verboten schlechthin wird erlassen, damit auch der zum Gehorsam Verbundene nicht selbst an seinem Leben Schaden leide, ferner das Leben der menschlichen Frucht, die Körperintegrität, die menschliche Freiheit in

---

318 Die Anerkennung eines subjektiven Rechtes auf ein Gut schliesst immer die Aufstellung einer Schutznorm für dieses Gut in sich. Treffend sagt Luden, Handbuch I S. 205: »Denn in jedem dieser Rechte ist von selbst das Verbot solcher Handlungen enthalten, die auf seine Verletzung gerichtet sind und ein subjektives Recht würde gar nicht als solches anerkannt sein, wenn die auf seine Verletzung gerichtete Handlung nicht verboten wäre.«

319 Sehr mit Recht hebt Merkel, Abhandl. I S. 191 hervor: »Es ist aber klar, dass sich auf diese Objekte mittelbar oder unmittelbar alle polizeilich oder kriminell verpönten Handlungen oder Unterlassungen als sie gefährdende oder verletzende beziehen müssen, und dass sich folglich der Unterschied zwischen polizeilichem wie kriminellem Unrechte nicht in dieser objektiven Richtung begründen könne.« Vgl. dazu die Ausführungen oben in § 7.

ihren verschiedenen Bedeutungen, die Ehre, der Kredit, der gute Name Verstorbener, der Personenstand, die Monogamie, die Ausschliesslichkeit des Geschlechtslebens unter Ehegatten, die geschlechtliche Zucht, die Geschlechtsehre der Frau, das öffentliche Sittlichkeitsgefühl, die Gestaltung der Familienverhältnisse nach Maassgabe der elterlichen und vormundschaftlichen Rechte über die Kinder, die Uebereinstimmung der faktischen Vermögensverhältnisse mit Vermögensrechten der zuständigen Personen, insbesondere mit deren Eigenthums-, Besitz-, Vertrags-Rechten aller Art, ferner die Staatsverfassung Deutschlands und der deutschen Bundesstaaten, das Staatsterritorium Deutschlands und der deutschen Bundesstaaten, der völkerrechtliche Friedenszustand des deutschen Reiches, die kriegerische Stärke Deutschlands und seiner Bundesgenossen während des Kriegs, die Staatsgeheimnisse des deutschen Reichs und der deutschen Bundesstaaten, die Erfüllung der Rechtsansprüche des Staates auf Leistung des Zeugen-, Geschwornen-, Schöffen-, Heer-Dienstes, die ungehemmte Entwicklung der staatlichen Strafrechtspflege, die Brauchbarkeit von Telegraphen und Eisenbahnen und Wasserstrassen, die Echtheit der telegraphischen Depesche, das Post- und Telegraphen-Geheimniss, die Echtheit des cirkulirenden Geldes, die Wahrhaftigkeit der zum Beweise verwandten Beweismittel u. s. w. u. s. w.[320]

Bei der Inventarisirung der Rechtsgüter muss aber besonders vor einem Irrthum gewarnt werden: grade die Strafgesetze verleiten nicht selten zur Anerkennung von Scheingütern, die

[320] Ueber die Formulirung der Güterbenennung wird sich im Einzelnen streiten lassen. Ein gründliches System des speziellen Theils des Strafrechts ist ohne eingehende Untersuchung über die Güter, in deren Interesse die Normen erlassen sind, undenkbar.

sich bei näherer Betrachtung als ganz unbrauchbare Collektivbegriffe darstellen.

Eine ganze Anzahl von Rechtsgütern lässt eine Zusammenfassung in einem höheren Begriffe zu, der dann gleichfalls ein Rechtsgut darstellt: so werden Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre zusammengefasst zum Rechtsgut der Persönlichkeit; so bilden die Objekte der dinglichen und der Forderungsrechte zusammen das Rechtsgut des Vermögens; so systematisirt man eine grosse Masse von Verbrechen als Verbrechen wider das Rechtsgut des Staates. Eine solche Generalisirung ist durchaus statthaft, hat aber einen Uebelstand im Gefolge. Für die Aufstellung der Normen sind diese generellen Objekte durchaus unbrauchbar. Verletzt den Staat, die Persönlichkeit, das Vermögen nicht! diess sind Verbote viel zu vager Natur um als Richtschnur der menschlichen Handlung zu dienen. Der Unterthan des Gesetzes will wissen, worin denn das Recht eine Verletzung von Staat, Vermögen, Person sieht; er fordert desshalb Zerschlagung des Gesammtgutes in seine konkreten, allgemein verständlichen Theilbegriffe: erst dann findet er die Güter genugsam bezeichnet, deren Respektirung ihm obliegt. Nichtsdestoweniger kann man dem Gegenstande des Gattungsbegriffes die Gutqualität nicht absprechen.

Dagegen kann aus einer Zusammenfassung von Gütern ganz verschiedener Art zu einem Gesammtbegriff nie ein Gesammtgut werden und nichts destoweniger spielt manch solches Aftergut in unsern positiven Quellen seine Rolle: ein Vogel, der sich mit fremden Federn nicht nur schmückt sondern daraus zusammengesetzt ist.

Dahin gehört zunächst der Begriff der öffentlichen Ordnung[321]. Diese besteht darin, dass so und so viele Verbrechen nicht geschehen, dass der Hausfrieden, dass Personen und Sachen, die Achtung vor Staatseinrichtungen oder Anordnungen der Obrigkeit, der Staat, amtlich aufbewahrte Urkunden, Register, Akten u. s. w. nicht verletzt oder gefährdet werden.

---

[321] S. deutsches Strafgesetzbuch: Siebenter Abschnitt. Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung.

Wie ist es möglich eine solche Rumpelkammer von Begriff bei der Strafgesetzgebung zu verwenden?

Genau von derselben Beschaffenheit ist der Begriff des »öffentlichen Friedens«[322]. Auch dieser besteht in der Abwesenheit einer Reihe von Verbrechen, welche aus der feindseligen Stimmung von Personenklassen gegen einander hervorgehen: der öffentliche Friede bildet also den Gegensatz zu dem Motiv der feindseligen Stimmung sammt seinen Erzeugnissen, welche ebensogut Mord und Todschlag, als Brandstiftung und Hausfriedensbruch, als Befreiung Gefangener und Aufruhr sein können: auch er besteht in einer Negation einer Reihe der verschiedenartigsten Verbrechen, die uns nur unter dem Gesichtspunkt des gemeinsamen Motivs — eines kriminalistisch durchaus unzulässigen Gesichtspunktes — als Einheit und somit als Gegensatz des öffentlichen Friedens erscheinen[323].

Ebensowenig ist es statthaft die monogamische Eheordnung, die Ehe als das ausschliessliche Gebiet des Geschlechtslebens der Ehegatten, die geschlechtliche Zucht der Thäter, die Freiheit der Frauen in Hinblick auf geschlechtliche Beiwohnung, die Geschlechtsehre der Frauen, die sehr verschiedenen Güter, die durch die Norm wider Kuppelei geschützt werden sollen, zu einem Scheingut der Sittlichkeit zusammenzufassen, wie es das deutsche Strafgesetzbuch thut, wenn es seinen dreizehnten Abschnitt überschreibt: »Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit«[324].

---

[322] S. deutsches Strafgesetzbuch § 126. 130. Dazu scheint das Wort in den beiden §§ Verschiedenes bedeuten zu sollen: nemlich in § 126 das Sicherheitsgefühl des Bedrohten, in § 130 wie im Texte ausgeführt.

[323] Ganz anders mit dem völkerrechtlichen Friedenszustand eines Staates: hier liegt ein wirkliches Rechtsgut vor, dessen einziger Gegensatz das Uebel des Kriegszustandes ist.

[324] Wann wird man sich in der Strafgesetzgebung abgewöhnen jedes Verbrechen durch seine Einreihung unter eine Ueberschrift mit einer Etikette zu versehen, die sehr häufig falsch ausfällt, Gesetzeskraft nicht besitzt, nichts nützt und nur schadet? Die richtige Systematisirung der Verbrechen, die im Gesetz schon allein wegen der vielen zusammengesetzten Thatbestände (s. oben § 19 S. 112 ff.) unmöglich ist, muss der Wissenschaft überlassen werden. — Um noch einige Scheingüter namhaft

Grade diese Scheingüter haben dazu beigetragen den Wert des Güterbegriffes zu verkennen, ja an seiner Zulässigkeit zu zweifeln[325].

Nun verbietet eine Anzahl der wichtigsten Normen die Vernichtung oder Verletzung rechtlicher Güter, und in den Handlungen, welche damit in Widerspruch treten, nimmt das Delikt eine eigenthümlich komplizirte Gestalt an. In der Schale des Ungehorsams birgt sich eine Gutsverletzung als Kern. Liegt das Deliktsmoment in der Untilgbarkeit dessen, was schuldhafter Weise geschehen ist, so enthalten diese Handlungen ein doppeltes Deliktsmoment, ohne dass sie sich in zwei Verbrechen auflösen lassen: untilgbar ist die schuldhafte Handlung gegen das Gesetz, und ebenso untilgbar die schädigende Wirkung dieser unbotmässigen Handlung auf die Rechtsgüterwelt selbst dann wenn sie sich als Vermögensverletzung charakterisirt. Einige ihrer Folgen mögen dann wieder aufgehoben werden können: die Thatsache, dass der Inhaber des geschädigten Vermögens die Verletzung hat dulden müssen, nie. Von den beiden Bestandtheilen des Deliktsmomentes in diesen Delikten trifft der Ungehorsam das Recht weit weniger empfindlich als die Verletzung der Rechtsgüter. Der Gehorsam gegen die Norm soll ja nur das Mittel zur Erhaltung des rechtlichen Gutes in seiner Integrität sein: die Gutsverletzung vereitelt im einzelnen Falle den Zweck, den das Recht mit der Norm verfolgt, der Ungehorsam bildet dazu nur das verwerfliche Mittel.

Wie sehr bei diesen Handlungen das eine Moment der Verletzung das andere des Ungehorsams überwiegt, das zeigt sich am besten an ihren Strafen. Sie beweisen wie diese Delikte gewogen werden nicht nach dem Ungehorsamsmoment, was in

---

zu machen, so sind es die Religion, die öffentliche Sicherheit, die persönliche Sicherheit, die nächtliche Ruhe, die Bequemlichkeit, Sicherheit, Reinlichkeit auf öffentlichen Wegen und Plätzen u. s. w.

[325] Ein gutes System des speziellen Theiles des Strafrechts ist ohne die Klarstellung der Güter, auf deren Sicherung es den Normen ankommt, in ihrer Verwandtschaft und ihrer Verschiedenheit undenkbar.

ihnen allen vielleicht gleich gross ist, sondern nach dem Werte der verletzten Rechtsgüter und nach der Schwere der ihnen zugefügten Verletzung. Ist ja der Wert des verletzten Rechtsgutes der einzige Wertmesser für die Schwere dieser Verbrechensarten in ihrem Verhältnisse zu einander[326]! Wer denkt beim Morde an etwas anderes denn an die schauerliche Missachtung des Lebens als eines der heiligsten Rechtsgüter, und wer wird dem Mörder, dem Räuber, dem Dieb, dem Notzüchtiger, dem Hochverräter in seinem Schuldbuch noch besonders anzeichnen, dass er nicht gethan, wie der Staat wollte, dass er handele, dass er ungehorsam war? Das Recht ist durch jene Thaten getroffen in seinen edelsten Bestrebungen: sein Zweck der Erhaltung ist durch Vernichtung vereitelt; es wäre ihm lieber, dass der Thäter zehnmal unbotmässig gewesen als dass er einmal sein Ziel erreicht hätte.

Dieses fast völlige Zurückweichen des Ungehorsamsmomentes vor dem der materiellen Verletzung enthüllt schlagend, wie stark selbst dem Recht die Differenz zwischen diesen Delikten und der Gruppe von andern erscheint, wo das Deliktsmoment in dem Ungehorsam allein besteht. Diess ist, wie schon oben ausgeführt[327], zweifellos bei den Uebertretungen der Verbote schlechthin der Fall; fraglich erscheint nur, ob auch bei den Uebertretungen der Gefährdungsverbote die einfache, oder ob auch bei diesen die komplizirte Gestaltung des Deliktsmomentes Platz greift[328]?

---

[326] Daraus erklärt sich die Thatsache, auf die auf S. 105 n. 189 Rücksicht genommen ist. Die Normwidrigkeiten müssen bei Wert-Verschiedenheiten von Rechtsgütern, deren Verletzung die Normen verbieten, als auf verschiedenen Stufen der Strafbarkeit stehend erscheinen.

[327] Vgl. S. 47. 48.

[328] Stübel, Ueber gefährliche Handlungen, N. A. VIII S. 276. 277 betrachtet alle gefährlichen Handlungen ihrer Natur nach als Verbrechen (S. 275), unterscheidet nun aber — nicht ohne in Widerspruch mit sich zu kommen — die Thatbestände ders., je nachdem ihre Bestrafung dem Criminalrichter oder den Polizeibehörden zusteht. In jenem Falle ist das Verbrechen »erst dann für vollbracht anzusehen, wenn diejenige Gefahr, welche in dem Criminalgesetzbuche bei der Bestimmung der Strafe vorausgesetzt wird, wirklich eingetreten ist. Kommt dagegen eine gefährliche

Die Antwort ergiebt sich aus dem Verhältniss der Gefährdungsverbote zum Zweck der Normen überhaupt [329] und zu den Verletzungsverboten und den Verboten schlechthin insbesondere.

Vergleiche man die drei Normen: Ihr sollt nicht töden!

Handlung als ein Polizeivergehen in Frage, so hängt der Thatbestand von dem wirklichen Eintritt der Rechtsgefahr, wegen welcher sie in einem Polizeigesetze verboten ist, nicht ab . . . Auch kommt nicht einmal darauf, ob sie in dem vorliegenden Fall mit irgend einer Gefahr verbunden war, oder nicht, etwas an . . . Der gesetzliche Grund der polizeilichen Strafbestimmung besteht in dem Gewöhnlichen der Gefahr. Wenn ein Criminalgesetz eine gefährliche Handlung mit einer Strafe bedroht, so beruht die Strafbestimmung auf der Versetzung in Rechtsgefahr.« Dass diese Theorie in Verbindung mit den Ausführungen von Birnbaum, in seiner oben S. 193 n. 317 citirten Abhandlung auf Merkels Abhandlungen wesentlich influirt hat, ist unverkennbar. Verstehe ich nämlich Merkels Theorie über das Wesen des Polizeiunrechts (Abhandl. I S. 95) richtig, so würde er, falls er die Unterscheidung von Verletzungs-, von Gefährdungs-Verboten und von Verboten schlechthin acceptirte, die Gränze zwischen Verbrechen und Polizeiunrecht zwischen den Uebertretungen der beiden letzten Gruppen hinlaufen lassen, die Gefährdungen zu den Verbrechen rechnend; nur dann würden seine Sätze zutreffen, bei dem Polizeiunrecht sei »das betreffende Verhalten Seitens des Richters nun nicht danach zu beurtheilen, wie es sich seiner äusseren und inneren Seite nach zu den Interessen stellt, um deren Integrität es sich dem Gesetzgeber handelt, sondern lediglich nach seinem Verhältniss zu der mit einer Strafsanktion versehenen staatlichen Willenserklärung« (S. 96). In diesem letzteren Verhältniss findet Merkel S. 97 den »Formalgrund« der Bestrafung, wenn aber die Verhängung der Strafe wesentlich geknüpft werde an das Verhältniss der widerrechtlichen That zu den Rechtsgütern, so liege darin der »Materialgrund« derselben. Auch Birnbaum zieht die Gefährdungen von Rechtsgütern zu den Verbrechen. — Merkwürdiger Weise ist es nach Merkels Ausführungen, wie sie vorliegen, nicht die verschiedene Gestaltung des Deliktsmomentes, auf Grund des verschiedenen Inhalts der Normen, die den Unterschied zwischen Verbrechen und Polizeiunrecht ausmacht, sondern die Differenz zwischen beiden entsteht durch den Strafgesetzgeber, der »sich bewogen findet, bei der Verpönung gewisser Handlungen abzusehen von dem erweislichen Vorhandensein des letzteren (des Materialgrundes der Bestrafung) in concreto, und damit die Bestrafung lediglich auf den ersteren (den Formalgrund), d. i. auf die Verletzung seiner Autorität zu stützen. Das ist nach dem Gesagten bei den in Frage stehenden Polizeivergehen so der Fall«.

[329] S. oben § 5, S. 32 ff.

Ihr sollt nicht mit gemeiner Gefahr für fremdes Menschenleben eine Ueberschwemmung stiften! Ihr sollt nicht ohne vorgeschriebene Erlaubniss Feuerwerke zubereiten[330]! Alle drei bezwecken die Sicherung des Menschenlebens. Die Uebertretung der zweiten Norm theilt mit der der dritten, dass sich beide bis zum gleichen Maasse der Gefährlichkeit und zwar der Gemeingefährlichkeit entwickeln können. Beide aber unterscheiden sich darin, dass jene die Gemeingefahr bewirken muss, diese aber ebensowohl gemeingefährlich als individuell gefährlich als gefahrlos sein kann. Wie erklärt es sich nun, dass die Norm wider die Ueberschwemmungsstiftung ausschliesslich das wirkliche Zustandebringen der Gefahr verbietet, und selbst die Ueberschwemmung, die möglicherweise gefährlich werden könnte, erlaubt, während das dritte Verbot die Bewirkung der Gemeingefahr für etwas Unwesentliches betrachten und sie desshalb mit der Bewirkung einer beschränkten Gefahr und mit der ganz ungefährlichen Feuerwerksbereitung ohne besondere Erlaubniss auf die gleiche Linie stellen kann? Hat denn nicht derjenige, der durch Bereitung von Feuerwerk eine gemeine Gefahr für Menschenleben herbeigeführt hat, genau so viel gethan wie der Ueberschwemmungsstifter? Warum erscheint des Letzteren Handlung, auch wenn er eine Sachbeschädigung als Mittel der Gefährdung nicht gewählt hat, weit intensiver als die des Ersten, und wie kann das Strafgesetz dort schwerste Strafe drohen, während es hier die Gemeingefährdung und den gefahrlosesten Ungehorsam gleichmässig mit einer Bagatellstrafe belegt?

Diese Thatsachen spotten der Erklärung, wenn man die Wirkungen der beiden Handlungen, sofern beide eine Gemeingefahr verursacht haben, rein mathematisch betrachtet. Dann ist nemlich der Erfolg Beider das gleiche Spannungsverhältniss in den Bedingungsmassen zu Ungunsten derselben wertvollen

---

[330] D. Str. G. B. § 367 n. 4. Es ist interessant, die Strafen für die vorsätzliche Uebertretung aller drei Normen nebeneinander zu stellen: Todesstrafe oder Zuchthausstrafe nicht unter fünf Jahren (§ 211. 212); Zuchthaus nicht unter drei Jahren (§ 312); Geldstrafe bis zu 50 Thalern oder Haft (§ 367).

Rechtsgüter, und die gleiche Schuld vorausgesetzt würden beide Handlungen als gleich schwer erscheinen müssen. Ja zu ihnen würde sich als wesentlich gleichartig, nur wegen etwas schwererer Verschuldung etwas härter zu behandeln, noch der Tödungsversuch gesellen, sofern die Absicht des Thäters auf Tödung einer Anzahl von Menschen gerichtet war und bis zur Bewirkung einer Gemeingefahr verwirklicht worden ist. Was hat denn nun die Uebertretung des Gefährdungsverbotes vor der gefährlichen Uebertretung des Verbotes schlechthin und was hat der Verletzungsversuch vor Beiden voraus? Denn dass das Recht sie als wesentlich gleichartig nicht auffasst, ergiebt sich nicht nur aus der Verschiedenheit der Verbote, die sie übertreten, sondern auch aus der so sehr verschiedenen Schwere, als deren Wertmesser hier ihre Strafen erscheinen.

Diese Verschiedenheit tritt nun sofort an den Tag, sobald man von dem von allen drei Handlungen in gleicher Weise erreichten Standpunkt der Gefährdung nicht lediglich rückwärts schaut und die Veränderung in Betracht nimmt, die in dem Verhältnisse der Bedingungen seit dem Beginn jener Handlungen eingetreten sind, sobald man vielmehr die Wirkung der Gefährdung auf das Gut, welches durch die drei Arten von Verboten gleichzeitig geschützt werden soll, ins Auge fasst. Ein Verbot, dasselbe Gut des Menschenlebens nicht zu gefährden, hat nur unter einer einzigen Voraussetzung neben dem Verbot der Tödung einerseits und einer ganzen Anzahl von untersagten weil regelmässig lebensgefährlichen Handlungen andrerseits einen Sinn: diese eine Voraussetzung aber besteht darin, dass das Recht die Gefährdung eben nicht als theilweise Verletzung, dass es sie andrerseits aber auch nicht als identisch mit einem gewissen Spannungsverhältniss der Bedingungen auffasst, dass der Gesetzgeber in ihr vielmehr eine eigenthümliche Beeinträchtigung des gefährdeten Gutes in der Ungestörtheit seiner Existenz erblickt. Um der Wirkung der Gefahr auf die gefährdeten Güter willen wird die Gefährdung verboten. Die Gefährdung des Gutes bildet aber nicht wie bei den Verboten schlechthin das Motiv der Norm, sonst brauchte ja die herbeigeführte Gefahr nicht als wesentliches

Begriffsmerkmal der verbotenen Handlung zu erscheinen, sondern verboten wird die Beeinträchtigung des Rechtsgutes durch Gefährdung. Man kann dagegen einwenden[331], dass die Gefährdung ja nicht immer, auch wo sie unter besonderem Verbot steht, eine beunruhigende, beängstigende oder beengende Wirkung auf die Gefährdeten übe. Die Gefahr ist vielleicht vorüber, das Gut gerettet, die Rechtsgüterwelt vor der Gefahr grade so unversehrt wie nach und während der Gefahr. Diess kann unverkennbar zutreffen: allein wo das Recht die Gefährdung als solche zu verbieten Anlass findet, betrachtet es den Zustand derselben durchweg und ausnahmlos als einen den Interessen des Rechtslebens widerstreitenden, es bringt also die schlimme Wirkung auf die gefährdeten Güter als stete Folge der Gefährdung in Anschlag. Prüft man die verhältnissmässig wenigen Gefährdungsverbote innerhalb irgend eines positiven Rechtes, so sieht man alsbald ein, dass die Gefährdungsfälle, wo jene Wirkung einmal ausbleibt, eine verschwindende Minderheit ausmachen, und dass der Gesetzgeber, der sich ja immer mit Durchschnittsergebnissen begnügen muss, durchaus berechtigt ist sie zu ignoriren.

Daraus ergiebt sich nun aber die Gestaltung des Deliktsmomentes in den als solchen verbotenen Gefährdungen von selbst: wie bei den Uebertretungen der Verletzungsverbote der Ungehorsam die Vernichtung oder Verletzung enthält, so birgt er hier gleichfalls einen materiellen Schaden als Kern: eine Beeinträchtigung der gefährdeten Rechtsgüter in ihrer ungestörten Existenz. Dieser Schaden, für die Rechtsgüterwelt einmal herbeigeführt, ist gleichfalls nicht wieder ungeschehen zu machen. Das Deliktsmoment in den verbotenen Gefährdungen stimmt somit, was seine Gestaltung anlangt, mit dem der Rechtsgüterverletzung überein; nur dass der materielle Kern des Ungehorsams die Rechtsgüterwelt nicht mit derselben Wucht und Schärfe trifft wie bei den verbotenen Verletzungen. Die mannichfaltigste Ausgestaltung des Deliktsmomentes findet sich in den-

---

[331] S. oben S. 48.

jenigen Verbrechen, welche sich aus Uebertretungen von Verletzungsnormen und Gefährdungsnormen zusammensetzen.

Zweifellos kann die Uebertretung des Verbotes schlechthin, wenn sie sich bis zur Gefahr steigert, auf das gefährdete Gut dieselbe schädliche Wirkung ausüben wie die verbotene Gefährdung und die versuchte Verletzung; allein ebensowohl kann sie jeder schädlichen Wirkung entbehren. Grade diess beweist, dass die Handlung nicht einschliesslich ihrer Wirkung, sondern dass nur die Handlung schlechthin verboten ist, dass desshalb das Deliktsmoment in ihr nicht zweimal repetirt, sondern im Nichts beschädigenden Ungehorsam allein besteht.

So scheidet sich das Unrecht nach der verschiedenen Gestaltung des Deliktsmomentes in zwei Klassen: den reinen Ungehorsam und den Ungehorsam, der eine Verletzung oder eine Beeinträchtigung von Rechtsgütern in sich schliesst. Diese beiden Arten der Delikte zu bezeichnen als Polizei-Unrecht und Verbrechen ist in jeder Beziehung verwerflich. Denn will man das Polizei-Unrecht nicht ganz äusserlich und historisch zufällig fassen, als das Unrecht, welches den sogenannten Polizeigerichten zur Aburtheilung überwiesen wird, oder aber als das Unrecht, welches den von den Polizeibehörden aufgestellten Normen widerspricht, so kann man ihm seinen Namen nur zuertheilen wollen in Hinblick auf den Präventionszweck der Normen, mit denen es in Widerspruch tritt. Dabei verkennt man aber, dass der Zweck der Normen: Ihr sollt nicht töden, nicht rauben u. s. w. gleichfalls darin besteht die Tödung, den Raub in möglichst weitem Umfang, soweit es nemlich Menschen giebt, die der Stimme des Rechts ihr Ohr nicht verschliessen, zu verhüten. Alle Normen wollen präventiv sein. Oder aber will man endlich das Unrecht Polizei-Unrecht nennen, welches bestraft wird, damit durch die Bestrafung weiterem Unrecht derselben Art prävenirt werde? Auch diess wäre durchaus unrichtig: denn müssen die Normen immer, so dürfen die Strafen nie den Präventionszweck verfolgen. So ist die Bezeichnung »Polizeiunrecht« durchaus unzutreffend: um so mehr, als ja alles Unrecht das Ungehorsamsmoment und somit das sogenannte Polizeiunrecht in sich trägt. Die Bezeichnung »Verbrechen« für

seinen Gegensatz ist aber falsch weil viel zu eng. Die nicht strafbaren Vermögensverletzungen enthalten das Deliktsmoment in derselben Zusammensetzung von Ungehorsam und Verletzung wie die Tödung und der Diebstahl. Während also grade der strafbare Ungehorsam und die strafbare Beschädigung von Rechtsgütern sich zum Begriff des strafbaren im Gegensatz zum nichtstrafbaren Unrecht verbinden, schliesst sich die strafbare und die nicht strafbare Verletzung dem formellen Ungehorsam gegenüber zur begrifflichen Einheit zusammen. Es handelt sich hier lediglich um eine Eintheilung sämmtlicher verbotener Handlungen auf Grund ihrer Thatbestände, nicht ihrer Folgen. Damit wäre ja aber der Deliktsgehalt in der straflosen Vertragsverletzung schwerer als derjenige in dem strafbaren Ungehorsam? Allerdings! Es ist auch nicht zu bezweifeln, dass derjenige, der seine vertragsmässige Zusage nicht hält, ein viel tiefer greifendes Unrecht begeht als derjenige, der seinen Hund einmal ohne Maulkorb mit auf den einsamen Spaziergang nimmt oder die Gosse nicht fegen lässt. Wenn nun doch hier gestraft wird und dort nicht, so beweist diese eine Thatsache allein, dass das Recht die Strafe gegenüber dem Schadenersatze nicht als die energischere Deliktsfolge auffasst.

Zur Bezeichnung der beiden Glieder der Eintheilung gebe ich den beiden Ausdrücken reiner Ungehorsam und verbotene Güterbeschädigung[332] den Vorzug vor der Benennung formelles und materielles Unrecht. Denn letztere lädt zu der Vorstellung ein, als wäre das materielle nicht zugleich formelles Unrecht[333], während ja grade der Ungehorsam die constante Grösse in allem Unrecht ausmacht. Dagegen schiene mir auch die Bezeichnung rein formelles

---

[332] Denn es giebt auch eine erlaubte Güterbeschädigung.

[333] Merkel, Abhandlungen I S. 97 ff. stellt die »Formalvergehen« (so schlägt er vor, das rein formale Unrecht zu nennen) in zu ausschliesslichen Gegensatz gegen die Materialvergehen (so wären denn die Verbrechen zu bezeichnen). Es ist irreführend, wenn Merkel S. 97 von dem sog. Polizeiunrecht sagt: »Es enthält aber wirkliches Unrecht, bestimmt und wesentlich nur in Bezug auf das betreffende gesetzliche Verbot.« Diess ist bei dem materiell-formellen Unrecht genau grade so der Fall.

Unrecht einerseits und materiell-formelles Unrecht andrerseits sachlich zutreffend [334]. Letzteres zerfällt dann wieder in die verbotene Rechtsgüterverletzung und die verbotene Rechtsgütergefährdung.

2. Das Deliktsmoment in den verbotenen Unterlassungen [335] soll nun auf seine Verwandtschaft mit dem des reinen Ungehorsams und dem der verbotenen Güterbeschädigung hin geprüft werden. Da die Unthätigkeit, d. h. das Lahmliegen der Kräfte nie Causalität sein kann, so ist der Unthätige als Urheber einer Schädigung rechtlicher Güter nie aufzufassen. Diese kann also nie einen Bestandtheil des Deliktsmomentes in den verbotenen Handlungen ausmachen. Es fragt sich nun, ob die Unterlassung sich als reiner Ungehorsam darstellt oder aber das Deliktsmoment in ihr noch eine dritte Gestalt annimmt? Am klarsten müsste diese in der schwersten Form der Unterlassung nemlich da hervortreten, wo die Norm die Herbeiführung eines dem Rechte günstigen Erfolges zu bewirken befiehlt. Wird dem Gebote nicht entsprochen, so bleibt die Rechtslage genau so, wie sie ohne die Unterlassung sein würde: der Ungehorsam, der in der Unterlassung liegt, müsste nun, um etwas Anderes als reiner Ungehorsam zu sein, einen Inhalt haben; der einzige Inhalt der Unterlassung besteht aber in der Nicht-Förderung des Rechtes, die einzige Wirkung der Unterlassung, die ja allein den Ungehorsamsinhalt ausmachen könnte, in einer Nichtwirkung, also in einem Nichts. Der Ungehorsam in der Unterlassung hat also keinen weiteren Inhalt: er ist reiner Ungehorsam. So bilden also die sämmtlichen Unterlassungen zusammen mit den Uebertretungen der Verbote schlechthin das rein formelle Un-

---

[334] Unzulässig ist diesem Gegensatz den zwischen Gefährdungen und Verletzungen zu substituiren. Das Wesen des rein formellen Unrechts besteht in keiner Weise darin gefährliche Handlung zu sein: s. darüber schon Stübel, N. A. VIII S. 252; 276. 277; Stahl, Rechtsphilosophie II 2. S. 693. 694; Merkel, Abhandlungen I S. 96; 97; 99 ff.; Hälschner, Gerichtssaal 1869 S. 98.

[335] Vgl. hierzu oben S. 48. 49.

recht, welches somit bald kommissiv bald omissiv ist[336], während das materiell-formelle Unrecht stets nur Commissivdelikt sein kann.

§ 31. VIII. Die Reparationsverbindlichkeit als Rechtsfolge nichtdeliktischer Thatbestände[337].

Zwei Hauptergebnisse sind es, welche die Untersuchung über das Unrecht und seine Rechtsfolge bisher aufzuweisen hat: es giebt kein Unrecht, welches strafunfähig und keine Rechtsfolge des Unrechts, welche Schadenersatz und nicht Strafe wäre. Von diesen Resultaten liegt das Erste ebensosehr im Geiste der neueren Forschung nach dem Wesen des Unrechtes als das zweite in schroffem Widerspruche zu der Lehre von den sogenannten Rechtsfolgen des Unrechtes und ihrem Verhältnisse zu einander steht.

In zweifacher Abstufung wird nemlich das Gegentheil behauptet. Ganz ausnahmelos findet sich die Schadenersatzverbindlichkeit in den Fällen der sogenannten Deliktsobligationen als Rechtsfolge des Delikts anerkannt: begründete ja nach römischem Rechte das Delikt die Strafklage und liegt doch in der Umwandlung der einzuklagenden poena in den Schadenersatz kein Grund nach einem andern Fundamente der obligatio zu suchen! Von diesem Standpunkte aus muss die Einheitlichkeit des Schadenersatzbegriffes geleugnet und die Strafnatur einer Anzahl von Schadenersatzverbindlichkeiten anerkannt werden[338]. So ist es nur natürlich, wenn ein Mann von solcher dogmatischer Feinheit wie Kierulff[339] diess mit Entschiedenheit und für das

---

[336] Vgl. dazu die treffenden Beweisführungen von Merkel a. a. O. S. 95 ff. und von Hälschner im Gerichtssaal 1869 S. 96—99.

[337] »Es kommt nur darauf an, in jedem Falle den deliktischen und nicht deliktischen Grund einer Rechtswirkung zu erkennen«: so Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts I S. 223 n.

[338] Damit wäre allerdings, falls der Beweis dafür erbracht werden könnte, den Ausführungen über die »wesentliche Verschiedenheit von Strafe und Schadenersatz« in § 28 S. 166—172 die Spitze abgebrochen.

[339] S. dessen Theorie des gemeinen Civilrechts I S. 229 u. 230 n.; vgl. dazu S. 172. 173.

römische Recht mit gutem Grunde ausspricht. »Die gewöhnliche Meinung — sagt er — fasst diese Begriffe (Strafe und Schadenersatz) als juristische Gegensätze, unterscheidet sie nach ihrem Inhalte, und nennt Strafe jedes über den blossen Ersatz hinausgehende Uebel[340]. Wir dagegen behaupten, dass der Schadenersatz als solcher gar kein selbstständiger juristischer Begriff ist, sondern eine zufällige Form, in welcher eine Strafe, eine Vertragsverbindlichkeit u. s. w. auftreten kann. Der Begriff der Strafe lässt sich nur nach seinem juristischen Grunde (ratio) bestimmen. Strafe ist jedes den Lädenten treffende Uebel, welches die juristische Folge eines Deliktes ist. Erleidet er das Uebel, worin es auch besteht, gesetzlich bloss aus dem Grunde, weil er Unrecht gethan, so ist es juristisch Strafe[341]. Wird nun die Grösse dieser Strafe nach der Grösse des angerichteten Schadens bemessen, und einfach auf den Ersatz desselben beschränkt, so besteht sie in Schadenersatz. . . . Wenn dagegen der Schadenersatz nicht eine Wirkung des Delikts, sondern z. B. des Vertrags ist, so ist er ebensowenig im juristischen Sinn Strafe, als dies von der sogenannten Conventionalstrafe behauptet werden kann[342].«

---

340 Die Aeusserlichkeit dieser rein quantitativen Unterscheidung liegt auf der Hand. Dieses Merkmal charakterisirt auch in den römischen Quellen gar nicht die poena als solche. Die actio legis Aquiliae ging auf poena auch wenn die geschädigte Sache im Moment der Beschädigung den höchsten Wert innerhalb des letzten Jahres oder innerhalb der letzten 30 Tage besessen hat. Desshalb ist der Grund des § 9 J. De lege Aquilia 4, 3 für den Nichtübergang dieser Klage auf die Erben des Schädigers so gänzlich gichtbrüchig.

341 Denn »wahre Deliktswirkung ist nur die Strafe«: Kierulff I S. 220.

342 Dass das römische Recht das Delikt als Fundament der Pönalklage auffasste, ist durchaus konsequent. Vgl. darüber Jhering, Geist I S. 139. 140. Was Kierulff also vom Standpunkte des römischen Rechtes aus sagt, soll keineswegs bestritten werden. Während sich aber die römische poena in Schadenersatz — und dieser ist heute etwas wesentlich Anderes als eine gemilderte Strafe — verwandelt hat, wird heutzutage noch ganz allgemein das Delikt als selbständige Begründungsart von Obligationen betrachtet, und damit etwas gethan, was die Römer schwerlich gebilligt haben würden. Ich wende mich nur gegen diese Doktrin, sofern sie für das geltende Recht beibehalten wird.

Keineswegs also in allen Fällen, wo das Schuldmoment für die Begründung einer Schadenersatzverbindlichkeit nicht ohne Bedeutung bleibt, wird das Delikt als deren Grundlage angenommen: nicht z. B. bei den schuldhaften Vertragsbrüchen. Dadurch gerät diese Theorie einer theilweisen Identität von Strafe und Schadenersatz in zwei nicht geringe Verlegenheiten. Warum knüpft sie nur bei den ausserkontraktlichen Delikten, wenn ich der Kürze zu lieb so sagen darf, die Schadenersatzverbindlichkeit an das Delikt, und lässt die sich innerhalb des Vertragsverhältnisses abspielenden Widerrechtlichkeiten straflos? Und wie ist es ferner zu erklären, dass eine Strafe einer Nichtstrafe so auf ein Haar ähnlich sieht wie die Schadenersatzverbindlichkeit aus der dolosen Sachbeschädigung derjenigen aus dem vorsätzlichen Mandatsbruch? Es liegt um den ersten Anstoss zu vermeiden ausserordentlich nah die Schuld in viel weiterem Umfange, nemlich durchweg wo eine Civilklage sich angeblich mit auf sie stützt, als Fundament des Ersatzanspruches anzuerkennen. Dieser Schritt erscheint um so berechtigter, als es wirklich ungereimt ist nur dem ausserkontraktlichen Delikt und nicht auch den schuldhaften Vertragsbrüchen eine Strafe in Gestalt der Ersatzleistung zuerkennen zu wollen. So findet denn Jhering in seinem Schuldmomente im römischen Privatrechte das Charakteristische und Bedeutungsvolle in der Theorie der römischen Juristen in der strengen Durchführung des Satzes, »dass nicht der Schaden als solcher, sondern lediglich die Verschuldung eine Verantwortlichkeit für die That und damit die Verpflichtung zum Schadenersatz begründet«[343]. Und wenn Jhering auch den scharfen Gegensatz von Strafe und Schadenersatz aufrecht erhalten möchte[344], so bleibt die Schadenersatzverbindlichkeit überall »Vergeltung« der Verschuldung[345],

---

[343] S. das. S. 40 ff. Vgl. S. 60: »Die römische Rechtsgeschichte schliesst ab mit der siegreichen Durchführung jenes Gedankens ...: keine Strafe ohne Schuld.« Vgl. S. 8.

[344] S. bes. S. 61 ff. und oben S. 160 n. 274.

[345] S. S. 54 ff.: III. »Das Gleichgewicht zwischen Verschuldung und Vergeltung«. Auf S. 6 u. 7 bezeichnet Jhering als »natürliche Folge jeder schuldvollen Verletzung eines fremden Rechtes die Verpflichtung zum ...

d. h. eben Strafe; der Unterschied von Strafe und Ersatz löst sich auf in einen quantitativen[346]. So allein kann Jhering das Schlussresultat der Verwandlung von Strafansprüchen in reipersekutorische Ansprüche dahin bezeichnen: »die reipersekutorischen Klagen üben mithin zugleich die Funktion von secundär-pönalen aus, das ganze Deliktsrecht repetirt innerhalb des einzelnen Eigenthums- oder Contraktsverhältnisses, die cond. furtiva, die actio legis Aquiliae, die actio de dolo gehen auf in der betreffenden actio in rem oder in personam, nur freilich mit der dem Geiste der Neuzeit entsprechenden Modifikation, dass die poena zum blossen Schadenersatz ermässigt ist und dass die Haftung auch auf die Erben übergeht«[347].

Mit dieser Theorie tritt Jhering unmittelbar an die Seite von Merkel und Heinze, welche die wesentliche Identität von Strafe und Schadenersatz behaupten und für welche »das Schuldmoment im römischen Privatrecht« die civilistische Ausführung und Begründung ihrer strafrechtlichen Thesen bedeutet[348]. Eine trefflichere Unterstützung hätten Beide allerdings

---

Schadenersatz, unabhängig davon, ob und wie weit der Schuldige durch die That bereichert ist oder nicht. Die Folge der unverschuldeten Rechtsverletzung dagegen kann der Idee der Gerechtigkeit zufolge nur in der Aufhebung der objektiv unrechtmässigen sachlichen Zustände bestehen.«

[346] Richtig spricht Jhering desshalb S. 61 von einer »Hinüberleitung der Strafe in die Form des Schadenersatzes«. Merkwürdig ist, dass in dem folgenden Satz die Differenz zwischen Strafe und Schadenersatz genau bezeichnet wird, ohne dass Jhering die Kluft des Abstandes in ihrer Grösse würdigt. »Denn erst im Schadenersatz — so meint er — streift die Civiljustiz das Zufällige und Willkührliche, das sie in der Strafe noch an sich trägt, von sich und erhebt sich zur einfachen Negation des subjektiven Unrechts oder richtiger seiner vermögensrechtlichen Folgen.« Ist denn aber die Negation der Letzteren, der Thatseite des Unrechts, identisch mit einer Negation des Unrechts selbst? Wo bleibt das Aequivalent für die Schuldseite?

[347] Ob hier nicht mehr als eine Modifikation vorliegt, muss die Folge erweisen.

[348] Ueber Merkel s. in dieser Beziehung schon oben S. 160 ff. Heinze, in Holzendorffs Handbuch I S. 337. 338: »Die unvollkommenen Erscheinungsformen der bürgerlichen Strafe«. »In Wirklichkeit übt aber schon die blosse Anerkennung und Befriedigung eines verletzten

nicht finden können. Nichtsdestoweniger thürmen sich vor der Durchführung dieser Theorie unübersteigliche Hindernisse auf, die ich schon oben im Grossen und Ganzen aufzuweisen genötigt war [349]. Keiner ihrer Anhänger vermag auch nur entfernt die Doppelbestrafung der Delinquenten in den relativ leichtesten Verbrechen, Keiner den Uebergang der Ersatzklagen auf die schuldlosen Erben, Keiner um aller anderen Hindernisse zu geschweigen die Thatsache zu erklären, dass Ansprüche auf vollen Schadenersatz auch da gegeben werden, wo der Obligirte in keiner Weise schuldhaft gehandelt hat [350], dass also der Schadenersatz als Strafe und der Schadenersatz, wo er nach Seite des Berechtigten wie des Verpflichteten hin in gleicher Weise wirkt und doch nicht Strafe ist, sich als ununterscheidbare Zwillinge darstellen [351]. Aus diesem Labyrinth führt nur

---

Privatrechts ganz allgemein Funktionen nach Art einer Strafe . . . Bei der bürgerlichen Strafe ist die Leistung der Strafe an den Staat, bei dem blossen Civilunrecht die Zahlung der Schuld an den Gläubiger das Mittel, durch welches die Ausgleichung des Schuldners mit der Rechtsordnung herbeigeführt wird.« Bei Heinzes sonstiger juristischer Schärfe erscheinen überhaupt Manche seiner Sätze das. auf S. 321 ff. etwas befremdlich, so z. B. der von der selbstständigen Existenz der Strafe vor Verübung des Verbrechens (S. 327); ferner, dass das Strafurtheil schon einen Theil der Funktionen der Strafe erfülle (S. 326), dass die Strafe selbst bei demjenigen Verbrechen nicht ganz fehle, welches Niemandem als dem Thäter bekannt geworden, dass die »allgemeine und wesentliche Funktion der Strafe in Beziehung auf das Verbrechen« die Deklaration seines Unwertes sei u. a. m.

[349] S. § 28, S. 106—112.

[350] So bei der actio redhibitoria, vgl. Mommsen Interesse S. 62; so in Fällen, wo Jemand den casus zu tragen hat. Vgl. Wächter im Civil. Arch. XI S. 97 ff. 188 ff. S. S. 107: »Wer zahlen muss, ungeachtet er die Gegenleistung nicht bekommt, wer zahlen muss, ungeachtet seine Sache unterging, wer dem Gegner den Wert der untergegangenen Sache ersetzen muss, wer seinen Anspruch verliert, ohne dafür Ersatz zu bekommen, von dem allein sagen die Quellen, er trage das periculum.«

[351] Was Heinze a. a. O. I S. 338 n. 2 zur Erklärung eines doppelten Verfahrens, eines civilrechtlichen und eines strafrechtlichen, in vielen Fällen des Unrechts anführt, ist dazu doch in keiner Weise ausreichend. Freilich führt Hälschners Theorie (s. Gerichtssal 1869 S. 102 ff.) von der Conkurrenz eines civilen und eines kriminellen Unrechts in diesen Fällen auch nicht zu gedeihlichem Ziel.

ein einziger Weg: der Nachweis nemlich, dass die theilweise Identität von Schadenersatz und Strafe nur Schein ist, dass Reparationsverbindlichkeit und Strafe für das heutige Recht apodiktische Gegensätze darstellen, dass der einheitlichen Rechtsfolge der Strafe die einheitliche Rechtsfolge des Schadenersatzes, richtiger gesagt der Reparationsverbindlichkeit gegenüber tritt und die Thatbestände, an welche letztere sich knüpft, eben grade nicht deliktischer Natur sind. Da den gefährlichsten Feind richtiger Erkenntniss die Existenz der sogenannten Deliktsobligationen bildet, — Obligationen, deren Unentbehrlichkeit Niemand leugnen wird, so fasse ich zunächst ins Auge:

I. Die Schadenersatzverbindlichkeit in angeblicher Folge des Delikts[352]. Betrachtet man ihre Natur

---

[352] Ich kann es nicht bestimmt genug hervorheben, dass natürlich in keiner Weise die Natur der Pönalklagen im römischen Rechte als Strafklagen in Abrede gestellt werden soll. Es ist aber das grosse Verdienst Jherings, im Schuldmoment S. 28 ff. nachgewiesen zu haben, dass eine Reihe ursprünglicher Spezial-Deliktsklagen, wie die aus dem crimen perfidiae bei dem depositum, dem mandatum, der societas, der tutela, der fiducia, sich zu reipersekutorischen Ansprüchen erhoben haben. In dieser Entwicklung ist das römische Recht unterbrochen worden; erst das kanonische Recht lässt auch die Pönalklagen und zwar in vollem Umfange (s. darüber bes. cap. 5 X. de raptor. 5, 17 und Francke, Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien S. 44 ff. Kierulff I S. 227 n.) gegen die Erben des Schuldigen zu, um damit, wie sich Jhering selbst S. 67 so treffend ausdrückt, »das Schadenersatzprinzip nach einer Seite hin, nach der es sich in Rom von der ungehörigen Beimischung des Strafprinzips noch nicht frei gemacht hatte, zur Anerkennung und zur Geltung zu bringen«. Vgl. dazu auch Savigny, System V S. 51—53. Was hatte nun näher gelegen als nach Vorbild der Römer, welche die reipersekutorische Klage aus dem depositum, der tutela u. s. w. von dem crimen perfidiae gelöst und auf den Contrakt und den Quasikontrakt radizirt haben, nun gleichfalls die reipersekutorisch gewordenen Klagen von dem Delikt selbständig und auf eine Basis zu stellen, von der aus sich ihr reipersekutorischer Charakter erklären lässt? In einem einzigen Falle haben die Römer aber freilich mehr mit glücklichem Griffe und odio furum zur Durchbrechung des Condiktionenprinzips gestachelt als mit Bewusstsein des gewaltigen darin liegenden Fortschritts eine wahrhaft reipersekutorische Klage dem scheinbar rein deliktischen Thatbestande abzugewinnen gewusst: die condictio furtiva, die als eine Deliktsklage nach römischer Auffassung unmöglich aufgefasst werden kann. Denn die römische Deliktsklage ist eine Klage

genauer, so zeigt sich alsbald, dass sie sich in Nichts von den aus andern Rechtsgründen fliessenden Ersatzverbindlichkeiten unterscheidet, dass sie insbesondere in keinem Punkte Strafe ist[353]. Diess Resultat ist nicht nur theoretisch von Wichtigkeit sondern für ihre ganze Existenz in Deutschland präjudiciell. Müsste der Delinquent zur Strafe ersetzen, so wäre die Schadenersatzverbindlichkeit ein Bestandtheil des Strafrechts und neben dem deutschen Strafgesetzbuch, welches die Straffolgen der Delikte regelt und die Schadenersatzverbindlichkeit als Strafe nicht kennt, nicht aufrecht zu erhalten. Das deutsche Strafgesetzbuch erkennt freilich selbst die Entschädigungsansprüche aus Delikten neben den Strafen als zulässig an, einfach aus dem Grunde aber, weil es keine Strafen sind. Es zeigt sich diess Letztere:

1. In dem Fundament der Ersatzverbindlichkeit. Jede Strafe hat nur Einen Rechtsgrund, die schuldhafte That; die Ersatzklage aus der Sachbeschädigung, dem Betrug u. s. w. entspringt aber zu gleicher Zeit mehreren Rechtsgründen: der erste liegt in dem Schaden, der zweite in der schuldhaften Herbeiführung desselben durch den Schädiger, auf den dritten wird weiter unten die Sprache kommen. Jedenfalls verpflichtet nicht die Schuld allein zum Schadenersatz, sondern nur die schädigende Folge schuldhafter That und diese keineswegs immer. Wenn die Betrugsabsicht sich nicht bis zur vollendeten Vermögensbeschädigung verwirklicht oder wenn der Geschädigte anderweitige Entschädigung gefunden hat, so fällt es dem Recht gar nicht ein den Delinquenten trotz seiner schuldhaften versuchten oder vollendeten Vermögensverletzung durch Zu-

---

auf poena, in welche die Erben des Delinquenten nicht succediren. Vgl. Kierulff, Theorie I S. 222 n., ausführlich Savigny V S. 551 ff. gegen Francke, Beiträge S. 28 ff., Witte, Bereicherungsklagen S. 324; Windscheid, Pandekten II S. 359 u. 425.

[353] Auch Windscheid, Pandekten (3. Aufl. II S. 224, vgl. S. 331 n 15) hält noch an der Strafnatur der Ersatzforderungen aus Delikten fest, »insofern ... als der Verpflichtete leisten muss ohne Rücksicht darauf, ob er das zu Ersetzende in seinem Vermögen hat oder nicht«.

diktirung einer vermögensrechtlichen Leistung an den Geschädigten strafen zu wollen.

2. In gleicher Weise zeugt der Maassstab der Ersatzverbindlichkeit gegen ihre Strafnatur. Während die Strafe immer zugleich nach der Intensität der Schuld und nach der Schwere der That bemessen wird, ist der Maassstab der Ersatzverbindlichkeit, wenn man von im Grossen und Ganzen unbedeutenden Modifikationen in Rücksicht auf die verschiedene Verschuldung absieht[354], lediglich die Grösse des angerichteten Schadens[355]. Die actio legis Aquiliae hat genau denselben Inhalt, mag die Sachbeschädigung dolos oder kulpos vorgenommen sein. Die Schadenersatzverbindlichkeit ist desshalb äusserlich nach einer doppelten Seite hin: sie wägt und misst nicht die Schuld des Lädenten um danach die Ersatzverbindlichkeit wenn auch nur in groben Zügen abzustufen, sie findet es nicht anstössig, bei grosser Sachbeschädigung aus sehr leichter Fahrlässigkeit trotz der geringen Verschuldung mit der Grösse der Verletzung zu wachsen, während sie bei einer kleinen Beschädigung, die aus intensivstem dolus hervorgeht, die weit schwerere Verschuldung vollständig ignorirt[356].

---

[354] Vgl. darüber Mommsen, Beiträge II S. 253 ff.: »Berechnung des Interesse in den Fällen doloser Rechtsverletzungen«; Demelius, in Jherings Jahrbüchern V S. 71 ff.; Windscheid, Pandekten II S. 35 n. 18, welche Cohnfeldt, Interesse S. 149 ff. gegenüber im Rechte sind.

[355] S. Jhering a. a. O. S. 61. 62, welcher gegenüber der Privatstrafe, die »ihr Maass nicht in sich selbst trägt, sondern es von wandelbaren historischen Thatsachen empfängt« hervorhebt, wie »der Schadenersatz als einfache Negation des Unrechts in letzterem wie seinen Grund, so auch sein Maass und Ziel findet, wenigstens die Maximalgränze, hinter der er zwar zurückbleiben mag, die er aber nie überschreitet.«

[356] Hepp, Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts ventilirt S. 110 ff. die Frage: »ob nicht die Römer die Grundsätze von der Grösse der Schuld, wodurch in subjektiver Hinsicht das Maass der Strafe bestimmt wird, consequenterweise auch auf die Lehre von der Entschädigung hätten anwenden sollen?« und findet es inconsequent, dass sie diess, trotzdem sie zur Ersatzpflicht Zurechenbarkeit der schädlichen Handlung verlangt hätten, nicht gethan. Wenn er aber S. 112 ausspricht: wenn die Römer auch das Maass des Schadenersatzes nach der Grösse der Verschuldung bestimmt hätten, »so würden wir diess Princip gewiss ebenso natürlich,

Aber noch ein zweites Moment lässt sie unberücksichtigt, welches sie, wäre sie anders Strafe, notwendig mit in Betracht ziehen müsste: ich meine den Unglimpf, den das Subjekt des Vermögens, nicht den das Vermögen selbst erlitten hat[357]. Sollte die Schadenersatzverbindlichkeit Strafe sein, so müsste sie dieses von der Grösse des jeweiligen Schaden durchaus unabhängige, in jeder einzelnen Widerrechtlichkeit sich eigenthümlich gestaltende Moment mit berücksichtigen: es bedürfte dafür eines besonderen wandelbaren Strafzusatzes, während grade die gemeinrechtliche Entwicklung bei dem Ziele anlangte auch bei diesen Ersatzklagen aus Delikten den Klaganspruch streng auf Ersatz des Schadens zu beschränken. So ignorirt grade der Schadenersatz und zwar nicht einmal sondern zweimal das Deliktische im Delikt[358].

3. Die Ersatzverbindlichkeit ist nicht bestimmt als Uebel für den Ersatzpflichtigen zu wirken. Sollte jene als Strafe wirken, so müsste sie

a. von der Person des Schuldigen unlösbar sein, d. h.

---

gerecht und billig gefunden haben, wie wir jetzt den entgegengesetzten Grundsatz natürlich finden«, so beweist diess, wie wenig ihm die Einsicht von der zwingenden Notwendigkeit die Ersatzpflicht eben nicht als Strafe zu behandeln und die Erkenntniss der Aufgabe des Schadenersatzes aufgegangen ist.

[357] Grade um dieses Unglimpfs wider die Person des widerrechtlich Geschädigten willen stellt Jhering, Kampf ums Recht (1872) S. 27 den Satz auf: »Der Kampf ums Recht ist eine Pflicht des Berechtigten gegen sich selbst.«

[358] Er muss diess seiner Natur nach thun. Wenn desshalb Zink Ueber die Ermittlung des Sachverhaltes im französischen Civilprozesse 1860, der die Schäden des deutschen Schadenersatzprozesses in verdienstlicher, lichtvoller Weise enthüllt hat, Band I S. 591 der französischen Haftbarkeit für volle Genugthuung nachrühmt, »dass dieselbe auf halbem Wege zwischen der Vergehensstrafe und der Verfolgung von Vermögensrecht, zwischen des actio poenalis und rei persecutoria in der Mitte stehe«, und auf S. 593 den französischen Schadenersatz »eine Art Privatbusse für Arglist und bösen Glauben« nennt, so ist dies — bei aller Anerkennung der Vorzüge des französischen Verfahrens in der Ermittlung und Schätzung des Schadens sei es gesagt — ein sehr zweifelhaftes Lob. Eine Vermengelirung von Strafe und Ersatz gereicht keinem Recht zur Zierde!

Niemand als er dürfte zum Ersatz angehalten werden [359]. Diess aber ist nach dem geltenden Rechte in keiner Weise der Fall: nicht nur ist der Gläubiger verpflichtet seine Befriedigung auch von Nichtschuldigen, die sie ihm gewähren wollen, anzunehmen; nicht nur wird derjenige, der den Geschädigten auf diese Weise schadlos hält, keineswegs als Begünstiger des Delinquenten betrachtet, nein — der Gläubiger ist auch heute im schärfsten Gegensatze zum römischen Rechte befugt, die Ersatzklage, wenn auch nach gemeiner aber ungerechtfertigter Praxis meist nur bis zum Belaufe der Erbschaft gegen die Erben des Lädenten anzustellen. Geldstrafen werden wenigstens nur dann gegen den Nachlass vollstreckt, wenn sie zu Lebzeiten des Schuldigen rechtskräftig erkannt sind, und auch diess lässt sich bei strenger Festhaltung der Idee der Strafe anfechten. Jene Transmission der Ersatzklagen auf die Erben aber beweist die Abwesenheit ihres Strafcharakters allein schon zur Genüge: was hat der Erbe verbrochen um eventuell seiner ganzen Erbschaft von Rechts wegen beraubt zu werden [360]?

b. Sie müsste ferner eine nachtheilige Wirkung auf das Vermögen des Ersatzpflichtigen hervorzubringen beabsichtigen [361]. Ob aber der Ersatzpflichtige durch seine Leistung ärmer wird oder nicht, darauf auch nur irgendwie Rücksicht zu nehmen fällt dem Civilrechte gar nicht ein.

c. Würde der Delinquent unzurechnungsfähig, so dürfte die Ersatzklage gegen ihn nicht angestellt, das rechtskräftig auf Ersatzleistung lautende Urtheil gegen ihn nicht vollstreckt werden [362].

---

359 Vgl. darüber schon oben S. 167—168.

360 S. darüber oben S. 169. 170 und unten S. 223. Vgl. Paulus in l. 20 D. 48, 19 De poenis. Si poena alicui irrogatur, receptum est commenticio jure, ne ad heredes transeat; cuius rei illa ratio videtur, quod poena constituitur in emendationem hominum, quae mortuo eo, in quem constitui videtur, desinit.

361 Sie kann eine solche Wirkung üben, dann liegt aber immer nur eine »täuschende Aehnlichkeit« ihrer Wirkung auf den Verletzer mit der der Strafe vor: Savigny, System V S. 50. 51. Vgl. auch Mommsen, Beiträge II S. 19. über die Zufälligkeit einer solchen Wirkung.

362 Vgl. l. 2 D. de condictione furtiva 13, 1. Kierulff I S. 222 n.

d. Wenn sich das Gut, welches dem Delinquenten zur Strafe entzogen werden soll, bei ihm nicht vorfindet, wenn er mit andern Worten vermögenslos ist, so müsste eine Strafverwandlung eintreten. So findet sich diess sowohl im klassischen als im Justinianeischen römischen Recht bei den Pönalklagen, insbesondere bei der actio legis Aquiliae und der actio de dolo vorgeschrieben. Im Insolvenzfall büsste der Schuldige wie bei anderen Strafklagen, wo die poena nicht in Beziehung zu einem angerichteten Vermögensschaden stand, mit einer Tracht Prügel [363].

Vom Standpunkte des römischen Rechtes, wo eine poena Ziel der Klage war, erscheint diese Strafverwandlung als notwendige Consequenz: niemals hat aber Jemand behauptet, dass dieselbe gemeinen Rechtes geworden sei.

---

[363] Im zweiten Bande werde ich auf diese Erscheinung, die zusammen mit der Verkennung der culpa lata die Stellung des römischen Rechtes zu den fahrlässigen Verbrechen in ganz falschem Lichte erscheinen liess und noch lässt, näher einzugehen haben. Einstweilen vgl. man die l. 9 D. 47, 9 aus Gaius 4. Buch zum Zwölftafelgesetz: Qui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum combusserit, vinctus et verberatus igni necare iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit. si vero casu, id est neglegentia, aut noxiam sarcire iubetur aut, si minus idoneus sit, levius castigatur; dazu den Schluss von l. 28 § 12 D. 48, 19 De poenis von Callistratus: Nam fortuita incendia, si, cum vitari possent, per neglegentiam eorum, apud quos orta sunt, damno vicinis fuerunt, civiliter exercentur, ut qui iactura adfectus est, damni disceptet vel modice vindicaretur. Diese Stelle steht mit dem Stellenduplikat des Paulus in der Collatio XII c. 6 und in den Sententiae V 20 § 1—3 in nächster Verwandtschaft. — S. ferner Paulus in l. 24 § 3 und 4 D. 4, 4 De minoribus XXV annis: Si servus vel filius familias minorem circumscripserit, pater dominusve, quod ad eum pervenerit, restituere iubendus est, quod non pervenerit, ex peculio eorum praestare; si ex neutro satis fiet et dolus servi intervenerit, aut verberibus castigandus, aut noxae dedendus erit. § 4. Sed et si filius familias hoc fecit, ob dolum suum condemnabitur. — Derselbe Strafverwandlungsgrund anerkannt in l. 7 § 3 D. de iurisd. 2, 1; l. 25 D. 2, 4 De in ius vocando; l. 6 § 6 C. 1, 54 De modo mulctarum; l. 4 C. 6, 1 De servis fugit.; l. 6 C. 9, 19 De sepulcro violato; l. 12 § 5 und 9 C. 8, 10 De aedificiis privatis; l. 8 § 9 D. 10, 11 De delatoribus (die 2 letzten Stellen unglossirt). — Vgl. noch Ulpian in l. 3 D. 48, 19 De poenis und in l. 35 D. 47, 10 De injuriis.

e. Wenn der Ersatz Strafe des Delikts wäre, so müsste das Strafgesetz, welches dem Verbrechen öffentliche Strafe droht, notwendig bei Berechnung derselben den geleisteten oder nicht geleisteten Ersatz und die Grösse des zu leistenden Ersatzes mit in Betracht nehmen. Die Freiheitsstrafe kulposer Tödung z. B. würde zu sinken haben, wenn der Thäter auch noch Schadenersatz zu leisten hätte, und würde um so mehr sinken müssen, auf je grössere Summen sich dieser Ersatz beliefe; man müsste dann schliesslich dahin gelangen einen recht grossen Ersatz als ausreichende Strafe erscheinen zu lassen. Freilich sollten dann auch diese Ersatzforderungen der civilprozessualischen Behandlung entzogen und dem Strafrichter zur sorgfältigen Ausmessung von Schuld und Strafe an der Hand des grössere Wahrheitsgarantieen bietenden strafprozessualischen Beweisverfahrens überwiesen werden.

Von allem diesem weiss aber unser positives Recht nichts, und kein Vertheidiger der strafmildernden Kraft des freiwillig geleisteten Ersatzes hat diese auf die Strafnatur der Ersatzleistung und nicht viel mehr auf die Bethätigung der Reue, die sich in der Freiwilligkeit der Leistung ausspricht, begründen wollen [364].

Nur daraus, dass die Ersatzleistung in keiner Beziehung Strafe ist, erklärt sich, wie das Recht ruhig zusehen kann, dass bei relativ leichten Verbrechen, wie Diebstahl und Betrug, der Thäter regelmässig neben der Strafe noch Ersatz zu leisten hat, ohne dass die Strafe ihre eigene Schwere von der Leistung oder Nichtleistung des Ersatzes und von dessen Grösse abhängig machte. Es wäre eine ungerechte Rücksichtslosigkeit, wollte in diesen Fällen das Recht eine Doppelbestrafung zulassen, deren Eine sich bestimmte nach der Schwere der schuldhaften That, für deren Andere die Grösse der Vermögensbeschädigung des Bestohlenen maassgebend wäre.

---

[364] Vgl. dazu noch die neuste Abhandlung über diesen Gegenstand: Fornet, die Wirkung der thätigen Reue, welche nach vollendetem Verbrechen entsteht auf die Strafe. Gerichtssaal XX (1868) S. 85 ff., insbes. S. 91 ff. Dagegen mit schlagenden Gründen Geyer, Soll der Ersatz des Schadens Strafausschliessungsgrund sein? das. XXI (1869) S. 1—10.

Nach der richtigen Auffassung aber darf die Strafe auf diese Ersatzverbindlichkeit, die angeblich aus dem Delikt als solchem fliesst, ebenso wenig Rücksicht nehmen, als auf Vertragsverbindlichkeiten, die der Dieb zur Zeit des Strafurtheils etwa dem Bestohlenen noch zu erfüllen hat.

4. Aus dem Delikt würde, wäre der Ersatz Strafe, nicht der Staat, sondern der Geschädigte forderungsberechtigt. Die Strafe ist stets ein Recht des Staates: er hat immer einen Anspruch auf die Strafleistung. Er ist selbstverständlich befugt den Sträfling zu Gunsten einer dritten Person leisten zu lassen, wie er diess ja auch bei vielen Polizeistrafen thut. Wenn dann aber auch die Strafgelder in die Kasse einer Gemeinde oder einer milden Stiftung fliessen, so geschieht diess in Folge grossmütiger Staatszuwendung. Verhält sich diess bei den Schadenersatzverbindlichkeiten des Delinquenten in gleicher Weise? Ist in Wahrheit der Staat berechtigt die Summen für alle schuldhaft herbeigeführten Vermögensbeschädigungen für seine Kasse einzufordern und ist es nur Grossmuth, wenn er seine Strafansprüche auf die Personen der Geschädigten überträgt? Klagt mit anderm Worte der Verletzte wie bei den römischen Popularklagen aus dem Rechte des Gemeinwesens oder nicht vielmehr aus eigenem persönlichem Rechte? Wenn ja, wie wollen die Vertheidiger der Strafnatur der Ersatzverbindlichkeiten aus Delikten diese nach den gegenwärtigen Rechtsanschauungen ganz ausserordentliche Anomalie erklären? Wie wollen sie den Staat dazu vermögen die Strafe stets nach dem Schaden des zufällig Verletzten und nicht vielmehr nach der Schuld und dem Schaden, der der Rechtsgemeinschaft aus der That erwachsen ist, zu bestimmen? Diese Erwägungen drängen endlich zum letzten Schritt.

5. Wäre der Schadenersatz Strafe, so könnte er nur in der Uebertretung des öffentlich rechtlichen Verbotes, d. h. eben im Delikte als solchem seinen Grund haben; ist er nicht Strafe, so ist nicht abzusehen, wie aus dieser Uebertretung der Norm der durch den Delinquenten Geschädigte und seine Erben einen Rechtsanspruch in eigenem Namen gegen den Lädenten und dessen Erben erhalten sollen. Was geht

den zufällig Verletzten die Uebertretung von Staatsverboten an? Der Rechtsgrund der sogenannten Deliktsobligationen darf, sobald man die Strafnatur der Ersatzleistung leugnet, in dem Delikte als solchem nicht mehr gefunden werden[365]. Das Delikt erklärt allein die Entstehung einer obligatio auf Strafe zwischen dem Thäter und dem Subjekt der Bestrafung, nie aber zwischen dem Schädiger und seinen Erben einerseits und dem Geschädigten und dessen Universalsuccessoren andrerseits. Eine nichtssagende petitio principii aber ist es, wenn man es als selbstverständlich oder als »Rechtsaxiom« ausgiebt[366], dass Jedermann den Schaden ersetzen muss, den er durch sein Delikt angerichtet hat.

Worin liegt nun der Rechtsgrund jener ganz unentbehrlichen Obligationen, wenn man das Delikt als solchen leugnet? Zu sagen das Delikt oder richtiger die Schädigung aus dem Delikt sei eine Thatsache, an welche das Recht die Entstehung einer obligatio knüpfe, heisst nichts gesagt[367]. Denn es giebt nicht eine einzige obligatio, welche nicht vom Gesetze als solche anerkannt werden müsste und keine einzige, deren Entstehung

---

[365] Sehr richtig Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 203: »Die Verpflichtung zur Entschädigung ist nicht mehr eine poena . . ., sie bezweckt heutzutage schon primär nichts als eine reipersekutorische Vermögensprästation . . . und ruht daher von vornherein auf dem Vermögen, nicht mehr auf der Person des Verletzers.«

[366] S. Nussbaum, Ueber das Maass des Schadenersatzes. Zürich 1855, S. 1.

[367] Diesen Entstehungsgrund der Obligatio vermag auch meines Erachtens Neuner nicht anzugeben. Denn wenn Neuner a. a. O. S. 203 meint: »Im Geiste des heutigen Rechts bewirkt das Anerkanntsein eines Vermögensinteresses durch die (»heutige, in sich mehr verkommnete«: das. S. 203 unten) Rechtsordnung allemal schon von selbst, dass dieses Interesse gegen eine jede Art von Verletzung . . . und zwar aus sich selbst heraus gesichert ist«, so kann man ja gern zugeben, dass in jeder Anerkennung eines Vermögensinteresses die Aufstellung einer Schutznorm für dasselbe liegt: folgt denn aber daraus, dass aus der Uebertretung dieser Norm (also aus dem Delikt!) der Geschädigte ein Forderungsrecht gegen den Schädiger und dessen Erben und nicht vielmehr der Staat ein Strafrecht gegen den Delinquenten allein erhalte?

das Recht nicht von bestimmten Thatsachen abhängig erklärte. Es müsste auf jene Antwort sofort die weitere Frage folgen: warum knüpft denn das Recht an die Schädigung durch Delikt ein Forderungsrecht eines Vermögenssubjektes gegen ein anderes? Und darauf scheint mir die Antwort nicht schwierig.

Alle vermögensrechtlichen Obligationen zerfallen hinsichtlich ihrer Entstehung in zwei grosse Gruppen: entweder wird der Obligirte durch seine eigene verbindliche Willenserklärung obligirt, zu Gunsten eines Andern leisten zu wollen — Obligationen aus eigenen Handlungen des obligirten Rechtssubjektes, Obligationen kraft Selbstunterwerfung —, oder der Gesetzgeber erklärt ihn aus irgend einem Grunde zu Gunsten eines Dritten verpflichtet — Obligationen kraft Zwangsunterwerfung. Liessen sich zwei gleichzeitige Erscheinungen als Ursache und Wirkung von einander auffassen, so könnte man sagen, im ersten Falle ist die Pflicht des Obligirten Quelle des Rechtes des Forderungsberechtigten[368], im zweiten Falle bildet das Recht das Primäre und die Pflicht seine Folge. Ueberall wo sich Jemand kraft eigener Handlung obligirt, ist diess nur so denkbar, dass in dieser Handlung seis ausdrücklich seis stillschweigend aber verbindlich sein Wille dahin erklärt wird, unter bestimmten Umständen eine vermögensrechtliche Leistung zu Gunsten eines Andern vorzunehmen. Denn wie sollte sonst aus der Handlung eine vermögensrechtliche Selbstverpflichtung resultiren? Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, dass bei den sogenannten Deliktsobligationen die freie Handlung des Schädigers allein es ist, welche ihn obligirt. Wem könnte man einreden, dass das Gesetz ihn aus einem andern Grunde für obligirt erachte? Die ganze Theorie von der Strafnatur der Schadenersatzverbindlichkeit kommt ja selbst immer wieder auf den Satz zurück: der Grund der obligatio liege im Delikt, also im freien Handeln des Delin-

---

[368] Wie denn Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 63 wirklich vielfach zuerst die Verbindlichkeit des Schuldners begründet werden lässt, woraus denn das Recht des Gläubigers von selbst folge.

quenten. Und richtig ist: er obligirt sich selbst. So muss das Forderungsrecht des Geschädigten gegen den Delinquenten seinen Grund finden in der Stellung, in welche sich dieser selbst zu dem geschädigten Vermögen gesetzt hat.

Derjenige nun, der sich mit dem fremden Vermögen befasst um die Interessen des Vermögensinhabers wahrzunehmen und derjenige, der sich mit fremdem Vermögen befasst um es zu schädigen gleichen sich darin, dass Beide sich die Disposition über ein Vermögen anmaassen, die ihnen nicht zusteht[369]. Darin liegt ein Eingriff in die Befugnisse des Vermögensinhabers, den das Recht nur insoweit gut heissen kann, als aller Voraussicht nach der Vermögensinhaber selbst denselben gestatten würde. Wenn mir nun Jemand seine Vermögensverwaltung mandirt, so trägt er mir damit auf seine Vermögensinteressen nach jeder Richtung hin zu wahren; will ich diese Verpflichtung nicht übernehmen, so lässt der Vermögensinhaber nicht zu, dass ich mich mit seinem Vermögen befasse. Wenn ich nun ohne Verabredung mit demselben mich anschicke in sein Vermögen einzugreifen, so darf ich diess dem Inhaber gegenüber nur dann, wenn ich dessen Willen hinsichtlich seiner Vermögensverwaltung zur Norm meines Handelns zu machen gewillt bin. Da ich dem fremden Vermögen gegenüber diese Absicht von Rechtswegen hegen müsste, wenn ich mich anschicke darüber zu disponiren, so muss das Recht seinerseits annehmen, dass ich diese Verpflichtung wirklich durch die That meiner Einwirkung auf dasselbe auf mich genommen habe. Schädige ich nun das

---

369 Auch derjenige, der fremde negotia gerirt in der Absicht sich zu bereichern und den Vermögensinhaber zu schädigen ist den Römern negotiorum gestor. S. Julianus in l. 6 § 3 D. de neg. gest. 3, 5. Sed et is qui negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit, suum eum potius, quam meum negotium gessisse; qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilo minus, imo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. Vgl. l. 33 eod. Papinianus. Heres viri defuncti uxorem, quae res viri tempore nuptiarum in sua potestate habuit, compilatae hereditatis postulare non debet (vgl. l. 1 D. expil. hered. 47, 19); prudentius itaque faciet, si ad exhibendum et negotiorum gestorum, si negotia quoque viri gessit, cum ea fuerit expertus.

Vermögen wider das Interesse des Vermögensinhabers, so werde ich diesem aus meiner Selbstverpflichtung verantwortlich[370]. Denn was hätte es mit dieser auf sich, wenn sie nicht grade die Verpflichtung enthielte denjenigen, in dessen Vermögen man eingreift, im Falle der Schädigung schadlos halten zu wollen? Die rechtliche Grundlage der sogenannten Deliktsobligationen scheint mir genau dieselbe wie bei der negotiorum gestio: der sogenannte Quasikontrakt.

Mit diesem Resultate lösen sich alle die Schwierigkeiten, welche bei Festhaltung des Deliktes als Grundlage der obligatio als unüberwindlich anerkannt werden müssen. So vor Allem, dass nicht der Delinquent allein sondern auch seine Erben als verpflichtet erscheinen: die Schuld ruht auf jenem allein und kann nur auf ihn einwirken, durch einen Akt vermögensrechtlicher Selbstverpflichtung aber bindet der Vermögensinhaber das Vermögenssubjekt, d. h. sich selbst sammt seinen Universalsuccessoren[371]. Ferner erklärt sich damit auf das vollstän-

---

[370] Kierulff, Theorie I S. 157 bemerkt freilich zu weit gehend bezüglich »aller »durch Verletzung negirter und zum Handeln angeregter Rechte« (actio nata), dass diese einen »persönlichen Charakter« annehmen: »denn die Verletzung geht aus von einem bestimmten Subjekt, welches hierdurch sich verpflichtet, das Unrecht wider aufzuheben, und den Verletzten berechtigt, diese Aufhebung zu fordern«.

[371] v. Savigny, System V S. 49. 50: »Die Verpflichtung zur Entschädigung (aus dem Delikt) hat völlig gleiche Natur mit den aus Verträgen entspringenden Verpflichtungen und sie tritt wie diese vom Augenblicke ihrer Entstehung an in eine unzertrennliche Verbindung mit dem Vermögen«. Savigny tadelt die Römer, dass sie dem Verletzten sein gutes Recht entziehen, indem sie den Erben nur in sehr beschränktem Umfange zur Entschädigung verpflichten: der Grund davon liege in einer irrigen Verwechselung der Entschädigung mit der davon wesentlich verschiedenen Strafe. Nichtsdestoweniger bilden auch noch bei Savigny, s. Obligationenrecht II S. 1—5, S. 293 ff. Verträge und Delikte »die zwei allgemeinsten und mächtigsten Entstehungsgründe der Obligationen«. Vgl. auch S. 329. 330. V. d. Pfordten Ueber die Aufstellung eines praktischen Systems der Verträge in dessen Abhandlungen aus dem Pandektenrecht (1840) S. 306 betrachtet die Sonderung von Vertrags- und Delikts-Forderungen als die »sowohl nach philosophischer als quellenmässiger Anschauung« principale. Die Forderungen aus Verträgen hätten eine positive, die aus Delikten nur eine negative Bedeutung. Ihm will im

digste, warum bei den Delikten innerhalb der Verträge nicht das Delikt sondern der Vertrag als Grundlage der Obligation gilt[372]: es war hier weit leichter als bei den sonstigen Delikten der Akt zu erkennen, durch welchen der Schädiger sich dem Geschädigten gegenüber gebunden hat, und sobald er erkannt war, wurde das Delikt als für Begründung der Obligation völlig unbrauchbar über Bord geworfen[373]. Derselbe Prozess muss jetzt bei den sogenannten Deliktsobligationen wiederholt werden.

Wie kommt es aber, dass man bei den schädigenden Vertragsverletzungen das Fundament der Klage nicht aus drei Stücken, dem Vertrag, dem Delikt und der Schädigung, sondern lediglich aus zweien zusammensetzt: der Schädigung und ihrem Widerspruch mit vertragsmässig übernommener Verbindlichkeit? Einfach desshalb, weil das Delikt nicht als solches, sondern lediglich in seinem Widerspruch zu der vertragsmässig übernommenen Verpflichtung in Betracht kommt[374]. Der Mandatar verpflichtet sich das ihm aufgetragene Geschäft auf das sorgfältigste im Interesse des Mandanten zu führen; für den Fall, dass er dieser Verpflichtung ohne sich auf einen Rechtsgrund berufen zu können zuwiderhandelt, verpflichtet er sich als Inhaber seines

---

Wesentlichen Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 73 beistimmen, der aber wenig korrekt die Forderungen in solche eintheilt, »welche einem Bedürfnisse des friedlichen Verkehrs dienen sollen, und in solche, welche die Ausgleichung eines begangenen Unrechts bezwecken«.

372 Eine Erscheinung, die Savigny, System V S. 55 als sehr wichtig bezeichnet ohne aber sie irgend zu erklären.

373 Sehr charakteristisch die bekannte l. 7 § 1 D. 16, 3 Depositi von Ulpian. Datur actio depositi in heredem ex dolo defuncti in solidum: quanquam enim alias ex dolo defuncti non solemus teneri nisi pro ea parte, quae ad nos pervenit, tamen hic dolus ex contractu reique persecutione descendit; ideoque in solidum unus heres tenetur . . . Vgl. l. 49 D. 44, 7 De O. et A. von Paulus und l. 157 § 2 D. de R. J. von Ulpian.

374 Vgl. dazu Kierulff, Theorie I S. 218 n. 219 n. »Die Ersatzpflicht ist also selbstverständige Folge, stillschweigender Inhalt des Vertrages selbst, und es kommt hierfür juristisch gar nicht in Frage, ob das vertragswidrige Benehmen des Obligirten aus einem dolus desselben hervorgegangen.«

Vermögens den Mandanten schadlos zu halten. Eine Schadenersatzverbindlichkeit erwächst für ihn also nur, wenn er ohne Rechtsgrund seiner ersten Verpflichtung in zurechenbarer Weise, d. h. vorsätzlich oder fahrlässig zuwidergehandelt hat[375]. Diese schuldhafte Contravention kommt nicht als solche, sondern als Beweis für die Voraussetzung der eventuellen Selbstverpflichtung zum Schadenersatz[376], nemlich für die zurechenbare rechtswidrige Contravention gegen die primäre Verpflichtung zur sorgfältigen Mandatsführung in Betracht.

Genau dieselbe Funktion aber übt das Delikt bei den sogenannten Deliktsobligationen. Es weiss das Civilrecht bezüglich der Schadenersatzverbindlichkeiten mit dem Delikt als solchem nichts anzufangen. Der Thatbestand, aus welchem diese Verbindlichkeit entspringt, ist eben nicht das Unrecht als solches. Wie die Strafe die Folge des Deliktes, so ist

II. die Schadenersatzverbindlichkeit eine einheitliche Rechtsfolge nichtdeliktischer Thatbestände. Mit dem Nachweis, dass der Schadenersatz nie Strafe sei, fällt das stärkste Argument gegen die Einheitlichkeit des Schadenersatzbegriffes weg; aber der Beweis, dass wir es in ihm mit einem einheitlichen Rechtsinstitute ebenso wie es die Strafe ist zu thun haben, steht noch aus.

Rechtsinstitute charakterisiren sich nun vor Allem durch den Zweck, den das Recht mit ihnen verfolgt. Alle Rechtsinstitute, die wesentlich verschiedenen Zwecken dienen, sind wesentlich verschieden. Wenn eine Summe von Rechtsbestim-

---

375 Wenn der Schuldner zu der Contravention gezwungen wird majore casu, cui infirmitas humana resistere non potest, oder wenn er seiner principalen Verpflichtung fahrlässig zuwiderhandelt, während er nur für vorsätzliche Contraventionen haftet, so sind die Voraussetzungen seiner eventuellen Ersatzverpflichtung und somit diese selbst nicht existent geworden. Vgl. dazu beispielsweise l. 1 § 4 D. de O. et A. 44, 7 über das Commodat, l. 20 D. depos. 16, 3 über das Depositum; weitere Stellen bei Hepp, die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts. 1838 S. 35 ff.

376 Man könnte auch hier sagen, wie es Kierulff I S. 222 n. bei der condictio furtiva thut: das Delikt wird behauptet »nur im Interesse der blossen Reipersekution und im Dienst des sie wahrhaft hervorbringenden Grundes«.

mungen denselben Zweck auf wesentlich dieselbe Weise zu erreichen sucht, wird man befugt sie für mehr als ein zufälliges Aggregat ähnlicher Einrichtungen, sie für ein einheitliches Rechtsinstitut zu erklären.

Die Strafe und der Schadenersatz in allen Fällen seines Vorkommens stehen nun im Dienste gänzlich verschiedener Zwecke. Wenn jene Genugthuung für schuldhafte That ist und ihr Anwendungsgebiet sich desshalb auf das Reich der Delikte beschränkt, so würde das Problem, welches die Rechtsordnung durch Vertheilung der Schadenersatzverbindlichkeit zu lösen bestrebt ist, auch in einer von Delikten ungetrübten Musterordnung dasselbe bleiben.

Es scheint ein Gesetz der Rechtsgeschichte, dass jenes Problem, dessen Lösung die Schadenersatzverbindlichkeit zu dienen bestimmt ist, jeweilen verhältnissmässig erst spät in seiner Einheit und damit in seiner Reinheit und im richtigen Verhältniss zu dem durch die Strafe zu lösenden erkannt wird: in den leidenschaftlicheren Perioden wird dann die Strafe zu ihr wesentlich fremden Zwecken nicht ohne Beeinträchtigung ihrer selbst und dieser Zwecke benutzt, bis die leidenschaftlicheren Elemente, die auch der Strafe in diesen Fällen ankleben, in dem See ruhigerer Rechtsbetrachtung auf den Grund sinken und aus der Läuterung der Schadensersatzanspruch nach einer ganz anderen Himmelsgegend sich wendend hervorgeht[377].

Jenes Problem nun in seiner Totalität zu erkennen muss man sich zum Bewusstsein bringen, dass der Ausdruck Schadenersatzverbindlichkeit eine zu enge und einseitige Bezeichnung für die Ausflüsse einer viel weiter gehenden Rechtsbestimmung

---

377 Sehr interessante Belege für diese Entwicklung im Römischen Recht bietet grade Jhering, Schuldmoment S. 8 ff., insbes. S. 27 ff. Vgl. auch dessen Geist des Römischen Rechts, 2. Aufl. I S. 126 ff. — Für unsere Einsicht in das Verhältniss von Strafe und Schadenersatz ist es von grossem Nachtheile gewesen, dass das klassische römische Recht noch vielfach versuchte, durch dieselbe actio das Bedürfniss nach Strafe und nach Schadenersatz zu befriedigen. — Ueber das Verhältniss des Interesse zur Privatstrafe auf dem Boden des gemeinen Rechtes vgl. man bes. Fr. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht II S. 18—22; Cohnfeldt, Interesse S. 62.

ist. Wer fremden Schaden zu ersetzen hat lässt sich ja nur zugleich mit der anderweitigen Frage beantworten: wer im Falle einer eigenen Vermögensbeschädigung verpflichtet ist diese selbst hinzunehmen ohne Ersatz von andern verlangen zu können. Wer eine Vermögensminderung erleidet, zugleich aber einen Anspruch auf gänzlichen oder theilweisen Ersatz aus dieser Verminderung erhält, den trifft vom Standpunkt des Rechts aus gesehen der Schaden gar nicht oder wenigstens nicht ganz; denn sein Vermögen erduldet eben eine Verminderung nur scheinbar.

Das juristische Problem also besteht nicht darin zu bestimmen, wer eine fremde Vermögensbeschädigung zu ersetzen verpflichtet sei: sondern vielmehr darin, die Personen zu fixiren, welche eingetretene Vermögensbeschädigungen definitiv zu tragen verpflichtet sind. Die Schadenersatzverbindlichkeit und die Verpflichtung erfahrene Schädigung selbst zu tragen sind also inhaltlich identisch. Diese Entscheidung ist in allen Fällen zu treffen, wo ein Schade entstanden ist, mag dieser im Zufall, in einer rechtmässigen oder widerrechtlichen That seinen Grund háben, mag der Schade bestehen im Untergang von Vermögensobjekten ohne dass Aequivalente dafür erzeugt werden, wodurch das Inventar der Vermögensobjekte absolut genommen eine Verminderung erleidet, oder aber durch eine Verschiebung von Vermögensobjekten, so dass das Vermögen des Einen sich durch die Verminderung des Vermögens des Andern bereichert. Das Problem, wer den Schaden zu tragen habe, ist von dem Grunde und der Art des Schadens somit durchaus unabhängig.

Die Entstehung jenes Problems hängt aufs Engste mit dem Wesen der Vermögensbeschädigung zusammen. Bei den meisten andern Schäden ist der dadurch zunächst Getroffene auch derjenige auf dem der Schaden definitiv haften bleibt. Wenn ein Mensch getödet oder ihm ein Finger abgeschossen wird, oder er in Sklaverei verfällt oder eine Injurie erduldet: so bleibt er vom Schicksal unwiderruflich gezeichnet. Leben, Freiheit, Ehre sind unentreissbar an die Person gekettet; eine Ueber-

tragbarkeit dieser Güter von einem Subjekt auf das andere ist nur der dichterischen Phantasie denkbar. Von diesen Rechtsgütern unterscheiden sich die Objekte der Vermögensrechte durch ein doppeltes[378]: durch ihre Löslichkeit von dem bisherigen Vermögensinhaber verbunden mit ihrer Uebertragbarkeit in das Vermögen anderer Rechtssubjekte; ferner dadurch, dass sie alle, sofern sie nicht im Gelde bestehen, doch im Gelde ihren Wertmesser besitzen und somit auch, wenn sie in natura untergehen, in einer Geldsumme ihr Surrogat finden[379]. Der Vermögensschaden ist also keineswegs durch die Thatsache seines Eintritts mit Notwendigkeit an die Person geknüpft, deren Vermögen dadurch betroffen wird: er ist übertragbar, theilbar, durch Uebertragung von Vermögensobjekten oder von Geld ersetzbar.

Diese Uebertragbarkeit des Vermögensschadens erklärt aber noch nicht die Thatsache, dass das Recht wirklich massenhaft von ihr Gebrauch macht und Schadenersatzverbindlichkeiten anerkennt statt den Geschädigten in allen Fällen zur Ruhe zu verweisen.

Es hiesse nun die Gränzen meiner Untersuchung weit überschreiten, wollte ich den schwierigen Versuch wagen die Motive im Zusammenhange aufzudecken, welche das Recht bei der Regulirung der Haftverbindlichkeit leitete, welche es bestimmen, bald den zunächst Geschädigten den Schaden ganz tragen zu lassen, bald diesen in den Stand setzen den Schaden im vollsten Umfange oder wenigstens zu einem Theil oder innerhalb bestimmter Schranken (man denke z. B. an den reinen Sachwert im Gegensatze zum Interesse, an das Verbot von Zinseszinsen, unter Umständen von Verzugszinsen, von Zinsen ultra alterum tantum, an die l. un. C. 7, 47 de sententiis, quae pro eo, quod interest, proferuntur) auf andere überzuwälzen. Es würde sich sicher bei näherer Untersuchung herausstellen,

---

378 Vgl. dazu auch Savigny, System I S. 375 ff.

379 »Das individuelle Vermögen wird dadurch in eine reine Quantität verwandelt, dass alle Bestandtheile desselben in das Eigenthum von Geldsummen aufgelöst werden«: Savigny, System I S. 376. 377.

dass diese Entscheidungen keineswegs nach einfachen Formeln etwa danach erfolgen, ob ein casus oder eine rechtmässige Verletzung etwa im Notstand oder ein Schaden in Folge widerrechtlicher Handlung vorliege; wie häufig haftet gerade derjenige, der einen andern fahrlässiger Weise geschädigt hat, nicht! Vielmehr ruhen diese Entscheidungen im einzelnen Falle, wo sie sich nicht auf einen selbstverpflichtenden Akt des Obligirten stützen, oft zugleich auf einer ganzen Anzahl sehr verschiedenartiger Motive, unter denen bald Billigkeitsrücksichten auf die Person des Geschädigten oder Anderer oder auf Schädiger und Geschädigten gemeinsam, bald auch allgemeine Rücksichten auf den Rechtsverkehr eine Hauptstelle einnehmen.

Bei der Lösung des Problems, mag diese nun dahin ausfallen, dass der vom Schaden zunächst Getroffene denselben definitiv auf sich zu nehmen habe oder aber Ersatz zu fordern berechtigt sei, beabsichtigt das Recht keineswegs zu bewirken, dass der Verpflichtete durch die Tragung des Schadens definitiv ärmer werde; auch derjenige trägt den Schaden, der fahrlässig sein eigenes oder ein fremdes Haus in Brand steckt und nun aus einer Collekte in Anlass dieser Begebenheit vielleicht das Doppelte von dem erhält, was seine eigene Baracke wert war, oder was er dem geschädigten Eigenthümer zahlen musste. Ebenso derjenige, der in Folge einer Wette ein eingefangenes Reh laufen lässt und nun aus der Wette mehr als dessen Wert erhält. Ebenso der bonae fidei possessor, der den Eigenthümer schadlos hält, indem er herausgiebt, was ihm nicht gehört[380]. Es kommt dem Rechte vielmehr nur darauf an zu bestimmen, wer die aus dem schädigenden Ereigniss hervorgehende Vermögensminderung auf sich zu nehmen habe, ohne dass es damit

---

[380] Man nimmt vielleicht an dem Ausdruck Anstoss, der bonae f. possessor trage den Schaden; allein dieser Ausdruck ist grade so gerechtfertigt als der andere, der Eigenthümer sei durch den bonae f. possessor geschädigt. Sein Schaden besteht nicht im Verlust des Eigenthums, sondern darin, dass ihm sein Eigenthum vorenthalten wird; der Nachtheil des b. f. possessor besteht nicht im Eigenthums-, sondern im Besitzesverlust. Der Schaden des Eigenthümers wird auf ihn übergewälzt in Gestalt einer notgedrungenen Beeinträchtigung seines Besitzstandes.

irgend einen Entscheid über die Gesammt-Vermögenslage des Schadenträgers abzugeben gewillt ist. Die Tendenz als Uebel für den Verpflichteten zu wirken liegt also in der Schadenersatzverbindlichkeit als solcher ebensowenig als in der Verpflichtung den eigenen Schaden zu tragen. Das Problem der Schadenstragung erhält nicht um ein Haar eine bessere Lösung, wenn der Ersatzpflichtige durch seine Leistung definitiv ärmer wird, als wenn er nichts verliert oder aus Anlass seiner Pflichterfüllung noch ein gutes Geschäft macht.

Die Anerkennung einer Schadenersatzverbindlichkeit geschieht desshalb nie zur Strafe des Urhebers der Schädigung, sondern lediglich in Rücksicht auf den Geschädigten um dessen gänzliche oder theilweise Schadloshaltung zu bewirken[381]. Die Verbindlichkeit zu leisten ist nicht Selbstzweck sondern Mittel zum Zweck der Reparation des Schadens. Die Forderung wird lediglich im Interesse der rei persecutio erhoben. »Das absolut wesentliche Merkmal der rei persecutio ist aber, dass ihr juristischer Grund nicht ein Delikt ist«[382]. Dieser Zweck ist also grade so äusserlich, wie derjenige, den das Recht mit der Strafe zu erreichen sucht, innerlich; dort handelt es im Hinblick auf eine nachtheilige Veränderung einer Person, hier sieht es der Person selbst in das schuldige Antlitz und fordert Genugthuung von ihr.

So ist die Schadenersatzverbindlichkeit eine einheitliche Rechtsfolge wie die Strafe[383]; die Thatbestände, an die sie an-

---

[381] Treffend über den Unterschied von Strafe und Erfolg v. Wening-Ingenheim, Die Lehre vom Schadenersatze nach röm. Rechte. 1841. S. 22. 23, nur dass er die Consequenzen seiner eigenen Theorie nicht zu finden weiss (vgl. S. 50 ff. 77 ff.) und desshalb über das wahre Fundament der Schadenersatzverbindlichkeit gänzlich im Dunkeln tappt. — »Verfolgung des Unrechts möchte wirklich Grundzug der poenae persecutio sein. Ihr stellen wir die Verfolgung des Rechts als Grundzug der rei persecutio gegenüber«: so Brinz, Pand. I S. 386. Noch etwas richtiger liesse sich sagen: Rechtsverfolgung zum Zweck der Unrechtsverfolgung ist Grundzug der poenae persecutio; Rechtsverfolgung um ihrer selbst willen Grundzug der rei persecutio.

[382] So treffend Kierulff I S. 221.

[383] Vgl. Neuner a. a. O. S. 202 »Schadenersatz ist bei uns ein selbstständiger Begriff.«

knüpft, sind wechselvoll wie die Thatbestände, aus denen die Strafe folgt: aber Eines theilen sie Alle und dieses Eine unterscheidet sie aufs Schärfste von den Thatbeständen der Strafe: diese sind Delikte, jene sind es nicht[384]. Wie aber die Rechtsfolge der Strafe Abstufungen innerhalb ihrer selbst erleidet, so auch der Schadenersatz; die Strafe findet ihren übersteiglichen Höhepunkt in dem wertvollsten Gute des Schuldigen, dem Leben; das Maximum des Schadenersatzes ist mit der Grösse des fremden Vermögensschadens gegeben, allein auch er kennt wie die Strafe seine Minderungsgründe, nur dass sie hier wo anders liegen als dort.

Der Schadenersatz selbst aber theilt mit anderen Verbindlichkeiten Zweck und Wesen reparabele Schäden zu bessern und erscheint somit

III. nur als eine Unterart der weiteren Rechtsfolge der Reparationsverbindlichkeit. Diese seine Unterstellung unter den höheren Begriff lässt sein Wesen in noch klarerem Lichte erscheinen. Die Reparationsverbindlichkeit setzt wie die Schadenersatzverbindlichkeit voraus die Existenz eines dem Rechte widerstreitenden Zustandes, welcher *durch* menschliche Thätigkeit zu Gunsten der rechtmässigen Gestaltung der Dinge verdrängt werden kann. An der Gestal*tung* des Lebens nach Anforderung der Normen muss die Rechtsordnung das höchste Interesse nehmen und wo sie einen Rechtsgrund ausfindig machen kann ein bestimmtes Rechtssubjekt zur Aufhebung des widerrechtlichen Zustandes verpflichten zu können statuirt sie die Reparationsverbindlichkeit. Dass es keinen einzigen Schaden giebt, der so vollständig getilgt werden kann wie der Vermögensschaden, weil im Ersatz hier *auch* ein Aequivalent für die Dauer des Schadens gegeben werden kann, — diess mag sie beklagen, aber sie darf sich da*durch* nicht bestimmen lassen die Reparation nicht wenigstens soweit als thunlich anzustreben. Der Anspruch des Ehemanns

---

[384] Wende man nicht ein, ich erklärte hier im Widerspruch zu § 26—29 das Civilunrecht für nicht deliktisch: das Unrecht ist überall das Gleiche: nur leugne ich, dass das Unrecht Quelle der Ersatzverbindlichkeit ist.

oder Hausvaters wider den der ihm Frau oder Kinder vorenthält auf Restitution, der Anspruch des Ehegatten, dass die ihn verlassende Frau zu ihm zurückkehre, diess sind auf dem Gebiete des Familienrechtes Forderungen auf Besserung eines dem Rechte nicht entsprechenden Zustandes genau wie der Schadenersatzanspruch auf dem Gebiete des Vermögensrechtes. Ist ferner ein Mensch ohne Rechtsgrund seiner Freiheit beraubt, ist ihm sein Familienstand entzogen worden, ist eine bigamische oder incestuose Ehe geschlossen worden, so begnügt sich das Recht keineswegs den schuldigen Thäter zu strafen, wenn Einer vorhanden ist, sondern es verlangt von dem Urheber des fortdauernden widerrechtlichen Zustandes, mag dieser unschuldig oder schuldig sein, dass er dem Gefangenen die Freiheit, das Kind seiner Familie zurückgebe, dass er die Doppelehe, die verbotene Verwandtenverbindung aufhebe.

Diese Reparationsverbindlichkeiten ausserhalb des Vermögensrechtes, aus denen bald selbständige Klagen entspringen, bald nicht, sind nach zwei Seiten hin äusserst lehrreich: nicht eine einzige von ihnen wurzelt im Delikt sondern alle in der Urheberschaft des widerrechtlichen Zustandes, und nicht eine einzige legt Gewicht darauf, mag der Urheber schuldhaft gehandelt haben oder aller Schuld ermangeln, welche Wirkung ob vortheilhaft ob nachtheilig die Erfüllung der Verbindlichkeit auf den Verpflichteten ausübe. Kommt es ja doch allein darauf an das Schadhafte zu bessern, nicht aber darauf den Schaden lediglich einem Rechtssubjekte abzunehmen und ein anderes damit zu belasten.

Es reinigen sich die Vorstellungen über das Wesen der Schadenersatzverbindlichkeit, wenn man die Eigenthümlichkeiten, die sich für sie aus der Natur der Vermögensschädigung und der Reparation in notwendiger Gestalt der Ersatzleistung ergeben, als für sie als Reparationsverbindlichkeit zufällige und unwesentliche erkennt. So bauen sich neben einander auf zwei einander ebenbürtige, gleich einheitliche, gleich mächtige Rechtsfolgen: heilende Besserung und schneidige Strafe.

Weit abführende Irrwege mussten betreten werden, ehe ihre Verschiedenheit und die totale Verschiedenheit der Gebiete,

die beide beherrschen, erkannt werden konnte. Bald schuf die Doktrin in dem Gegensatz von civilem und kriminellem Unrecht einen Dualismus ohne Grund und Boden nur um diese Gebietsabgränzung, die als unumgänglich erschien, im Bereich der Thatbestände vorzunehmen: und bald nachher als die Unzulässigkeit davon klar wie der Tag war und die Zweiartigkeit des Unrechts fallen gelassen werden musste, da fasste sie, befangen in dem Vorurtheil, dass auch die Reparationsverbindlichkeit nur Folge des Unrechts sein könne, die beiden wesentlich verschiedenen Rechtsfolgen eben so unzulässig zu einer Zwittereinheit zusammen. Jene Versuche aber Schadenersatz und Strafe auf eine Verschiedenheit der Thatbestände des Unrechts zu gründen, zeigen vielfach einen entschiedenen Trieb nach dem richtigen Ziele. Die Macht der einfachen Thatsache, dass die Strafe verhängt wird um der Schuld des Verbrechers willen, Ersatz geleistet wird um des Schadens des Geschädigten willen, ist zu gross; sie drängt immer und immer wieder zum Versuche bald auf die eine bald auf die andere Weise, nötigenfalls durch die gewaltsamste Zerschlagung des Delikts in Schuld und That, in Innerliches und Aeusserliches, die Thatbestände der Schadenersatzverbindlichkeit auf die Gefahr hin sie völlig zu veräusserlichen von dem Momente der Verschuldung zu befreien und sie so aus dem Gebiete des Unrechts herauszudrängen, ohne dass die Gedrängten den Mut haben die Ersatzverbindlichkeit vom Unrechte zu lösen. Dadurch geraten sie natürlich in den seltsamsten Widerstreit mit ihren eigenen Ausgangspunkten und dem zweifellos verschuldeten sogenannten Civilunrecht, bis Heyssler im verzweifelnden Zugeständniss der Unlöslichkeit der Widersprüche, in deren Bann sie sich bewegen, sich zu dem Satze versteigt: »Zurechenbare Schuld ist zweifellos Delikt. Schuldbares Civilunrecht ist sonach nur denkbar als zwar mit Schuld, jedoch nicht mit zurechenbarer Schuld behaftetes Unrecht.« Aber auch der energischste Bruch mit der Logik vermag die Theorie von der Reparationsverbindlichkeit als einer Rechtsfolge des Unrechts nicht zu retten.

Verzeichniss

der theils ausführlicher, theils beiläufig in Betracht gezogenen §§ des deutschen Strafgesetzbuchs.

---

§ 2. S. 81 u. 82 n. 152 a. E. S. 92—94 n. 173.

§ 4. / § 5. S. 21—22.

§ 4 n. 3 Abs. 2. S. 86. 87 n. 160.

§ 30. S. 18. 19.

§ 37. S. 18. 19.

§ 40. / § 41. / § 42. S. 20. 21.

§ 55. S. 19.

§ 66. S. 18. 19.

§ 70. / § 71. / § 72. S. 18. 19.

§ 73. S. 5 n. 3.

§ 80. S. 122—125.

§ 81, 1. S. 122—125.

§ 94. S. 101. 102 n. 185. S. 112.

§ 96. S. 101 n. 185. S. 112.

§ 98. S. 101 n. 185. S. 112.

§ 100. S. 101 n. 185. S. 112.

§ 102. S. 125 n. 220.

§ 109. S. 109.

§ 115. S. 127 n. 222.

§ 199. S. 21. 130.

§ 204. / § 205. S. 123. 124.

§ 233. S. 21. 130.

§ 239. S. 117.

§ 240. S. 117.

§ 242. S. 115.

§ 266. S. 119. 120.

§ 267. S. 117—119.

§ 268. S. 119. 120.

§ 272. S. 119. 120.

§ 273. S. 119. 120.

§ 274. S. 113. 119. 120.

§ 281. S. 113—115. 119. 120.

§ 288. S. 119. 120.

§ 289. S. 119.

§ 303. / § 304. / § 305. S. 117.

§ 346, 1. S. 117.

§ 349. S. 119. 120.

§ 355. S. 109. 110.

§ 356, 2. S. 109. 110.

§ 366 n. 10. S. 76. 77.

Berichtigung. S. 129, 7. Zeile von unten ist zu lesen: »und somit zwar Delikt aber kein Verbrechen«.

Druck von Breitkopf und Härtel in Leipzig.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Binding, Karl,

Die Normen und ihre Übertretung eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts

Bd.: 1

Leipzig 1872

Crim. 24 wc-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11003045-7